



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCCA NASCIMENTO E NASCIMENTO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM FACE DO
PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Salvador
2020

LUCCA NASCIMENTO E NASCIMENTO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM FACE DO
PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Rudá Santos Figueiredo.

Salvador
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCCA NASCIMENTO E NASCIMENTO

A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM FACE DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação _____ e
instituição: _____

Nome: _____

Titulação _____ e _____ instituição:

Nome: _____

Titulação _____ e
instituição: _____

Salvador, ____/____/2020.

A Digo, Dudu e Lalá. Minha razão de ser e querer ser.

A Heroína e Cidália, meus significados de vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado a graça de viver e a oportunidade de senti-lo.

A minha mãe, que é meu chão, meu céu e tudo que está entre eles. Sem você eu não sou metade.

A meu pai, o meu coração fora de mim. Obrigado por eu ser seu filho e ter a oportunidade de aprender a viver com você.

A minha família, os maiores incentivadores que alguém poderia ter.

Ao meu orientador, mestre e amigo, Rudá Figueiredo, por ter me ensinado o que é dedicação, afinho, responsabilidade e companheirismo. São quatro anos de aprendizado e crescimento inestimável. Sinto que não poderia ter encontrado uma referência melhor.

Aos meus amigos, os quais considero como irmãos, na medida em que compartilham minha vida e meus sonhos. A trajetória é mais fácil com vocês ao lado.

Ao Esporte Clube Bahia, o dono da minha maior paixão e patrocinador das minhas maiores emoções.

Ao Ministério Público do Estado da Bahia, em nome do meu amigo Jerônimo Bezerra, confidente e apoiador dos momentos mais difíceis, e de Dra. Lícia Maria de Oliveira, um exemplo de profissionalismo e carinho que marcou minha trajetória.

Agradeço a Wictoria, a qual gestou esse trabalho comigo. Quando precisei, esteve. Quando não precisei, esteve também. Verdadeira definição de cooperação e amizade, deixando e possibilitando a leveza do caminhar.

Agradeço a Flavia, uma parceria surpreendente. Dona dos melhores conselhos, ofertou ajuda e esteve do meu lado até aqui. Obrigado por ter ficado nesse jogo. Adorei.

Pra quem sempre me apoiou, minha eterna gratidão.

RESUMO

O presente trabalho analisa a inconstitucionalidade da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça quando cotejada junto ao princípio constitucional da individualização da pena. Para tanto, será demonstrado o que se entende por pena, suas espécies e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, percorrendo cada etapa do sistema trifásico, de modo que se fundamente qual o método e suas particularidades para se aplicar a sanção privativa de liberdade. A seguir, trata-se do princípio da individualização da pena em si, enquanto construção histórica e sua positivação no sistema jurídico pátrio através de norma constitucional. Ademais, pretende-se explicitar as etapas e divisões dentro do próprio princípio da individualização da pena, devendo estas ser percorridas para que se encontre a pena justa e individualizada. Neste ponto, busca-se demonstrar qual o fundamento para considerar que ocorreu a devida individualização da pena. Ato contínuo, desvela-se os fundamentos jurisprudenciais e legais da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, principalmente diante da Constituição Federal. Assim, traça-se quais fundamentos embasam o enunciado. Por fim, diante da constatação dos fundamentos da súmula, é reconhecida a inconstitucionalidade desses fundamentos, mormente em face do princípio da individualização da pena, sendo necessária a superação dos precedentes postos e que embasaram a sedimentação da jurisprudência.

Palavras-chave: Dosimetria; Aplicação da pena; Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça; Individualização da pena; Atenuantes; Superação de precedentes.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 A PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
2.1 BREVE HISTÓRICO DA PENA	12
2.2 CONCEITO DE PENA	13
2.3 TEORIAS ACERCA DOS FINS E FUNÇÕES DA PENA	15
2.4 ESPÉCIES DE PENA	23
2.5 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DE PENA	26
2.5.1 Circunstâncias judiciais	30
2.5.2 Circunstâncias legais	33
2.5.2.1 Agravantes	34
2.5.2.2 Atenuantes	34
2.5.3 Causas de aumento e diminuição de pena	35
3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	38
3.1 CONTEXTO HISTÓRICO	38
3.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	43
3.3 ETAPAS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	45
3.3.1 Individualização Legal da Pena	45
3.3.2 Individualização Judicial da Pena	47
3.3.3 Individualização Administrativa da Pena	48
4 SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	50
4.1 ORIGEM E FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	50
4.2 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	57
4.3 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA ACERCA DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	59
5 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	63

5.1 VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA A PARTIR DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	63
5.2 SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES	67
6 CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

A última década do Século XX ofereceu ao ordenamento jurídico brasileiro a oportunidade de construir novas bases diante da Constituição Federal recentemente promulgada. Assim, surgiram diversas novas demandas discutindo e buscando concatenar as fontes do direito brasileiro.

Nesse contexto, diversos processos chegaram ao Superior Tribunal de Justiça tratando acerca da dosimetria da pena. Em face disso e, principalmente, da reiteração de precedentes, o Tribunal da Cidadania enunciou a sua Súmula 231, aduzindo que a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Essa previsão impõe que, durante a segunda fase de dosimetria da pena, caso a reprimenda já se encontre em seu patamar mínimo cominado em abstrato, o magistrado deverá reconhecer e não aplicar qualquer das atenuantes, sejam aquelas previstas no rol do artigo 65 do Código Penal ou ainda aquelas consideradas inominadas, com fulcro no artigo 66, também do Código Penal.

A súmula debate condecorou entendimento pré-constitucional acerca da impossibilidade de fixação da pena fora das margens apontadas pelo legislador, o que se convencionou a chamar de Teoria das Margens.

Assim, essa preconiza a necessidade de manutenção da pena dentro dos limites impostos pela legislação penal durante a primeira e segunda fase de dosimetria da pena, ou seja, na análise das circunstâncias judiciais e legais, a atividade do magistrado é discricionária apenas dentro dos patamares estabelecidos, devendo ser vinculada aos preceitos secundários criados no âmbito legislativo.

Saliente-se, nessa senda, que durante a terceira fase do sistema de cálculo da pena, justamente por haver previsão legal expressa do quantum de aumento ou de diminuição, é permitido a atividade jurisdicional que se ultrapasse o patamar previsto na legislação. A ausência de patamares específicos para as circunstâncias judiciais e legais fez com que a doutrina e a jurisprudência criassem talantes de exasperação, atenuação e agravação.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988, carregada de fundamentos republicanos e democráticos, positivou em seu texto o princípio da individualização

da pena, o qual guarda estreita relação com o processo de aplicação da sanção penal em si. Assim, o contexto apresentado dialoga diretamente com o princípio constitucional penal previsto no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, reconhecido como princípio da individualização da pena. Sob esse vetor, a norma penal deve ser aplicada não de forma abstrata e hipotética, mas sim relacionada ao caso concreto, possuindo como consequência lógica uma pena individual para o sujeito do delito.

Outrossim, o tratamento ofertado pelo Superior Tribunal de Justiça carece de guarida constitucional, mormente quando analisado o processo de aplicação da pena à luz do princípio constitucional da individualização da pena.

Dessa forma, o presente trabalho tem como escopo analisar a inconstitucionalidade do enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça em razão da violação e desconsideração do princípio constitucional da individualização da pena, buscando, por meio da análise dos fundamentos dos precedentes que embasaram a jurisprudência sumulada, ofertar um posicionamento sobre o tema.

Assim, fundamental a análise do tratamento hodierno à dosimetria da sanção, especificamente na segunda fase de aplicação da pena, de modo que se verifique se a aplicação ampla do entendimento previsto na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça coaduna com os princípios penais previstos no nosso ordenamento.

Nessa oportunidade, utiliza-se de uma abordagem dedutiva, tendo como parâmetro os normativos legais e jurisprudenciais que levaram até a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, com o fulcro de concluir pela inconstitucionalidade daquele enunciado.

O primeiro capítulo aborda o que se entende e se aplica enquanto sanção penal no ordenamento jurídico brasileiro, destrinchando o seu histórico e construção até o instrumento hodierno. Além disso, destaca-se o critério de aplicação da pena adotado, evidenciando os seus fundamentos e preceitos para que se apresentem as circunstâncias em que a pena privativa de liberdade é aplicada no Brasil.

O capítulo seguinte apresenta a construção do princípio constitucional da individualização da pena, abordando o contexto histórico do seu surgimento e positivação. Ademais, é demonstrada a sua eficácia e aplicabilidade enquanto princípio constitucional, mormente diante das etapas de individualização da pena.

De mais a mais, o terceiro capítulo versa acerca Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, destrinchando, desde logo, quais os precedentes que trouxeram o Tribunal até a conversão da jurisprudência em súmula. Abordada a *ratio decidendi* dos precedentes, vê-se que em diversos momentos os fundamentos apresentados são legais, indicando a interpretação de dispositivos infraconstitucionais justamente em dissonância com o que apregoa a Constituição Federal. Por fim, é trazida a prática judiciária e como o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia posiciona-se diante da súmula proferida.

Ao final, elucidados os fundamentos da vertente súmula, reconhece-se a sua inconstitucionalidade em face do princípio constitucional da individualização da pena, possibilitando a conclusão acerca do tema.

2 A PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, é de suma importância destrinchar o histórico da pena, de modo que se vislumbrem as características, conceito e critérios atuais e presentes no ordenamento jurídico pátrio. Isto porque para que se visualize a melhor forma de aplicação da pena, forçoso compreender as nuances da sanção penal no direito brasileiro.

2.1 BREVE HISTÓRICO DA PENA

A história da pena coincide com a própria história da humanidade. Observando as épocas remotas, ainda que sejam aquelas mais longínquas – contudo acessíveis ao estudo e indagações históricas –, vê-se que a pena sempre foi uma invasão na esfera do poder e da vontade do indivíduo, em razão deste ter perturbado a esfera de poder e de vontade de outrem¹, assinalando-se, assim, a pena como um fato histórico primitivo².

Segundo o jurista italiano Luigi Ferrajoli, “a história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos”³. Isto porque a humanidade está acostumada a verificar as mais variadas invasões e lesões a bem jurídicos individuais na forma de sanções penais estatais. Lembra-se, nesta oportunidade, as penas de apedrejamento e de morte, as quais, guardadas as ressalvas culturais e nacionais, denotam verdadeiras reações violentas e desproporcionais a outras práticas violentas individuais.

Dessa forma, caminhou-se, de início, da vingança de sangue bases míticas, ainda que não se tratasse de uma pena estatal⁴. As tribos exerciam verdadeiros atos de

¹ Esta afirmação possui correlação com o brocardo *poena est malum passionis propter malum actionis*, o qual aduz que a pena é o mal do sofrimento em razão do mal da ação.

² VON LIZST, Franz. **Tratado de Direito Penal alemão – Vol. I**. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 5.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 308.

⁴ ARRUDA, Ana Luiza Gardiman. A pena e a moral do ressentimento em Nietzsche. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 10, n.2º, jul./dez.2016, p. 237.

vingança, uns contra os outros, em razão de qualquer ação agressiva cometida contra qualquer dos seus membros⁵.

É de se dizer, ainda, que o próprio termo pena surge do latim “*poine*”, remetendo a vingança ou, nas palavras de Messuti, “a retribuição destinada a compensar um crime, a expiação de sangue”⁶. Note-se, neste turno, uma evolução cronológica das penas, resultando nos sistemas hodiernos e, propriamente, no conceito atual de pena.

As conquistas liberais do século XVIII refletiram no direito penal, ocasionando por sua vez o fim gradativo dos “suplícios impostos pela vingança pública”. Nesta alteração, as sociedades passaram a esforçar-se para encontrar uma forma mais justa e humana de punição, de modo que houvesse o mínimo de correlação entre a transgressão cometida e o castigo. De mais a mais, a derrocada do absolutismo fez com que as penas perdessem seu viés de reafirmação do poder soberano e ganhassem a conotação de represália oriunda da própria sociedade civil⁷.

2.2 CONCEITO DE PENA

Segundo Guilherme de Souza Nucci, “pena é uma sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes”⁸.

Sob a ótica da formalidade, a pena se afasta das sanções não penais porquanto tem como pressuposto o cometimento de um fato tipificado enquanto crime ou contravenção, ao revés da sanção administrativa⁹.

Note-se que, ao conceituar a pena, Nucci já abordou os seus fundamentos e finalidades. A legislação pátria, conforme artigo 59 do Código Penal, consagra as finalidades retributiva e preventiva da pena ao aduzir que:

⁵ ANÍBAL, Bruno *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed., rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 76.

⁶ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 103.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 53.

⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 437.

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime¹⁰.

Outros autores, deixando de abordar os fundamentos e finalidades da pena preferem, ao conceitua-la, posicionar-se à margem desta discussão. É possível aduzir, por estes, a pena como uma consequência jurídica, pertencente ao Direito Penal, consistindo na privação de um ou mais dos mais caros direitos individuais, imposta a uma pessoa física que tenha cometido ou participado de um fato jurídico que a lei penal tipifique enquanto delito ou contravenção penal, cuja responsabilidade penal não tenha sido excluída em face da ocorrência de causas legais de justificação, exculpação ou absolvição¹¹.

Ademais, Von Liszt aduz que a pena “é o mal, que, por intermédio dos órgãos da administração da justiça criminal, o Estado inflige ao delinquente em razão do delito”¹².

Estas conceituações, especialmente aquela apresentada por Lozano, apenas refletem uma análise geral da teoria do crime e a consequência da condenação criminal. Assim, não há equívocos em conceituar pena sem se mencionar os seus fins e funções, os quais, apesar do esforço em defini-los, podem ou não ser integralizados ao próprio conceito de pena. Tobias Barreto, inclusive, alude que “quem procura o fundamento jurídico da pena deve procurar também o fundamento jurídico da guerra”¹³, denotando, outrossim, a própria dificuldade de construir o arcabouço jurídico por detrás da pena.

Outros autores, como Eugênio Raúl Zaffaroni, negam que a pena possua qualquer fim racional, haja vista que esta seria apenas um exercício de poder que, apesar de deslegitimado, mas que existe como um dado de realidade, fato político e como um

¹⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

¹¹ LOZANO, Carlos Blanco *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 53.

¹² VON LIZST, Franz. **Tratado de Direito Penal alemão – Vol. I**. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 400.

¹³ BARRETO, Tobias *apud* QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 407.

fato de poder¹⁴. Em sua obra, inclusive, o autor argentino infirma que se vive um cenário de perda das penas, pois estas servem apenas para infligir uma dor sem sentido, isto é, a perda enquanto carência de racionalidade¹⁵.

Não obstante, na medida em que o presente trabalho versa acerca da aplicação de penas, não é possível maiores aprofundamentos derredor da ausência de finalidade da pena. Adota-se, portanto, que a pena possui finalidades, especialmente aquelas abordadas a seguir.

2.3 TEORIAS ACERCA DOS FINS E FUNÇÕES DA PENA

De modo geral, duas correntes político-criminais analisam as funções da pena, a saber: as teorias legitimadoras e as deslegitimadoras. As primeiras são tradicionalistas, reconhecendo, por qualquer que seja o fundamento, a legitimidade do Estado intervir na intimidade do indivíduo por meio do direito penal. Já as teorias deslegitimadoras negam esta legitimidade, considerando a intervenção penal desnecessária, seja numa perspectiva imediata, sob um viés abolicionista, ou ainda mediata, à luz do minimalismo¹⁶.

Entre as teorias legitimadoras, sendo estas as que entendem que a pena exerce uma ou mais funções em prol da finalidade do Direito Penal, cabe analisar, de início, as teorias retributivas.

A finalidade das teorias retributivas não apresenta qualquer fim socialmente útil, senão apenas a imposição de um mal que mercedamente é retribuído, equilibrando e expiando a culpabilidade do autor pelo crime cometido. Chama-se, também, de teorias absolutas, porquanto para estas a finalidade da pena é independente ou desvinculada do seu efeito social¹⁷.

¹⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 139.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 12.

¹⁶ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 408.

¹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General – Tomo 1 – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. 1. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 82.

A teoria retributiva apresentada por Kant defende que a punição imposta por um tribunal, denominada de *poena forensis*, jamais poderá ser afligida com o fulcro de promover algum outro bem a favor do criminoso ou da sociedade civil, devendo ser aplicada somente porque este cometeu um crime¹⁸. Assim, “a lei da punição é um imperativo categórico”¹⁹. Nesta oportunidade, exemplifica que:

Mesmo se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse separar-se e se dispersar pelo mundo), o último assassino na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sanguinária não se vinculasse ao povo por ter negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça.²⁰

Noutro giro, a teoria abolicionista hegeliana apresenta o crime como uma negação do direito e a pena como a negação desta negação, logo, traria validade ao direito²¹. Assim, a pena serviria a suprimir o crime, este enquanto vontade particular do criminoso, sendo aquela válida e adequada para restaurar o direito²².

O mérito das teorias retributivas encontra-se na noção primária de que a pena deve corresponder à magnitude do crime, na medida da culpabilidade. Isto porque impõe ao poder punitivo estatal um limite, negando a possibilidade de ser correr um apenamento drástico em casos de “culpabilidade leve”²³.

Estas teorias não encontram sustento hodiernamente em face do direito penal servir à proteção subsidiária de bens jurídicos, não se admitindo teoria que não aceite os fins utilitários da pena, haja vista que, deste modo, esta não terá legitimação social. Noutro giro, não estabelecem quais condutas serão punidas com pena, sem delimitar assim a esfera de atuação do direito penal²⁴.

Crer que o mal que recairá sobre o criminoso servirá de expiação e restabelecerá o *status quo ante* do direito lesionado é um ato de fé, o que não permite a penalização

¹⁸ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 1. ed. Bauru: Edipro, 2003, p. 174.

¹⁹ *Ibidem*, p. 175.

²⁰ *Ibidem*, p. 176.

²¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General – Tomo 1 – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. 1. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 83.

²² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 88.

²³ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, 1997, p. 84.

²⁴ *Ibidem*, *Loc. cit.*

de um indivíduo, haja vista que o Estado titular do *jus puniendi* recebe seu poder do povo soberano e não de Deus. A própria noção de expiação ignora a questão da socialização, um dos motivos que geram a delinquência, de modo que a pena não atenderá a necessidade de impedir a criminalidade²⁵.

Por fim, é insustentável a concepção de que o criminoso aceita a pena como expiação e então restabelece sua integridade humana e social em face de uma purificação, justamente porque outros meios também poderiam atingir esse fim, ajudando o condenado e não o punindo, sobretudo por ser a expiação um desenvolvimento interno, moral e intangível, não podendo, portanto, ser forçado²⁶.

Ademais, tem-se as teorias da prevenção ou relativas, as quais indicam que a função da pena é prevenir a ocorrência do crime. Sob esse viés há de se distinguir as teorias da prevenção especial e teorias da prevenção geral. De maneira diametralmente oposta às teorias retributivas, para a teoria da prevenção especial, a missão da pena consiste unicamente em fazer o autor desistir de praticar novos delitos²⁷.

A teoria da prevenção especial aponta a prevenção dirigida a um indivíduo e não à sociedade. Essa corrente indica que a finalidade do direito penal é prevenir novos crimes, ressocializando os apenados, de modo que o castigo sirva para coibir a reincidência²⁸.

O porta-voz desta teoria foi o criminalista alemão Franz Von Liszt, para o qual, a prevenção especial pode atuar de três formas, a saber: (I) assegurando à comunidade o encerramento dos delinquentes e, por conseguinte, o encerramento das práticas criminosas; (II) intimidando o autor, através da pena, para que não cometa novos crimes e; (III) preservando o criminoso de se tornar reincidente, haja vista a sua devida correção²⁹.

Para isto, inclusive, Von Liszt expôs um tratamento diferenciado para cada tipo de delinquência, quais sejam a tornar inofensivo o criminoso habitual do qual não se

²⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General – Tomo 1 – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. 1. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 85.

²⁶ *Ibidem*, *Loc. cit.*

²⁷ *Ibidem*, *Loc. cit.*

²⁸ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2016, p. 418.

²⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 1997, p. 85-86.

pode conseguir que desista da criminalidade ou melhore, a intimidação do delinquente ocasional e a correção do autor corrigível³⁰.

Com efeito, esta teoria não estabelece critérios práticos de limitação da pena, de modo que esta pudesse perdurar por quanto tempo fosse necessário para que o sujeito pudesse ser reintegrado à sociedade. Assim, sob a hipótese de surgir uma pena indeterminada, não há proporcionalidade entre fato criminoso cometido e pena aplicada, chegando ao absurdo de um autor que praticou delito mais grave passar menos tempo encarcerado do que o autor de outro crime menos reprovável³¹.

Ainda, sob a teoria da prevenção especial, seria possível apenar indivíduos meramente pelo seu potencial ofensivo. A pena estaria vinculada ao conceito de periculosidade, violando a ideia de tipicidade, a qual garante a liberdade dos indivíduos perante o Estado e, assim, imporá um risco a esta liberdade. Noutro turno, não há de se falar também que o Estado não possui legitimidade para educar – ou reeducar – os cidadãos de acordo com os seus parâmetros e vontades³².

Destarte, há uma grave falha na teoria em relação aos crimes graves que ocorreram, mas que inexistente risco de repetição. Roxin indica que existem criminosos que não precisam ser esterilizados ou corrigidos, haja vista que não voltarão a delinquir. Neste cenário e sob esta teoria, não haveria de se puni-los³³.

A terceira teoria tradicional não visualiza a finalidade da pena na retribuição, quiçá na sua influência sobre o autor, mas sim na sua influência sobre a comunidade, a qual, mediante as ameaças penais e execução da pena, será instruída sobre as proibições legais e afastadas da violação destas.

Trata-se de uma teoria que também busca a prevenção dos crimes, denominada de teoria da prevenção geral, haja vista que a pena não deve atuar especialmente sobre o condenado, mas sim genericamente sobre a sociedade³⁴. Aqui é possível aduzir duas subdivisões principais: a teoria da prevenção geral positiva e a negativa.

Quanto ao aspecto negativo, a função da pena é atemorizar a sociedade e, através desse temor, dissuadir outros indivíduos de praticar delitos. Seria, portanto, o

³⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General – Tomo 1 – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. 1. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 86

³¹ *Ibidem*, p. 88.

³² *Ibidem*, p. 89.

³³ *Ibidem*, *Loc. cit.*

³⁴ *Ibidem*, *Loc. cit.*

conceito de intimidação de terceiros que correm o perigo de cometer crimes semelhantes³⁵. Esta teoria foi apresentada eficazmente pelo fundador do direito penal moderno na Alemanha, Paul Johann Anselm Von Feuerbach e, o doutrinador Paulo Queiroz assim apresenta as observações daquele:

Para Feuerbach, todos os crimes têm por causa ou motivação psicológica a sensualidade, na medida em que a concupiscência do homem é o que o impulsiona, por prazer, a cometer a ação. A esse impulso da sensualidade, opõe-se um contra-impulso, que é a certeza da aplicação da pena. Portanto, fim da pena é a prevenção geral de novos delitos por meio de uma coação psicológica exercida sobre seus destinatários, distinguindo-se dois momentos da pena: o da cominação e o da aplicação. No primeiro, o objetivo da pena é “a intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas”; no segundo, o fim da norma é “dar fundamento efetivo à cominação legal, dado que sem a aplicação da cominação, tal seria ineficaz”.³⁶

Esta tese, por outro lado, serviria apenas para criar uma ameaça legal por meio da imputação penal, vinculando a pena um conceito incerto de periculosidade. Outrossim, não são estabelecidos critérios para limitar a pena, surgindo a possibilidade de surgir um terror estatal, sem prever um limite penal e estimulando penas cada vez mais pesadas³⁷. A própria existência do crime também já é uma falha desse sistema.

De outro modo, o aspecto positivo busca a conservação e o reforço da confiança, firmeza e do poder de execução, do ordenamento jurídico. Roxin aponta que podem ser extraídos três fins e efeitos distintos a partir desta teoria, apesar destes serem imbricados entre si: (I) o efeito de aprendizagem, motivado social e pedagogicamente; (II) o exercício de confiança no direito, originado quando os cidadãos percebem que este está sendo aplicado por meio da atividade da justiça penal e; (III) o efeito de pacificação, que se produz quando a consciência jurídica geral se tranquiliza, em razão da sanção aplicada, sendo considerado finalizado o conflito com o autor do fato delitivo³⁸.

³⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General – Tomo 1 – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. 1. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 91.

³⁶ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2016, p. 414.

³⁷ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais do direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1997, p. 24.

³⁸ *Idem. Op. cit.*, 1997, p. 91-92.

Apesar das suas vantagens quanto à latente possibilidade de punição ainda que não haja reincidência e da proibição de uma tipicidade vaga para que os sujeitos sejam dissuadidos, esta teoria também possui falhas. Neste turno, não consegue estabelecer um limite para a duração da pena, bem como justifica a pena apenas pelo viés comunitário, transformando o apenado em um meio para a execução dos fins estatais³⁹.

De mais a mais, tem-se a teoria mista ou eclética, a qual considera que as teorias retributivas e preventivas não conseguem, individualmente, determinar os fins e conteúdos da pena. Nesta lógica, a função da pena seria não apenas retribuir o mal do crime ou prevenir a ocorrência deste, mas sim retribuir e também prevenir. Com efeito, Roxin critica esta vertente teórica ao aduzir que a união destas, em verdade, une os seus equívocos também, criando assim a pior teoria de todas⁴⁰.

Desta forma, o próprio autor alemão desenvolve a denominada teoria dialética-unificadora, explicando a pena em etapas distintas, determinando os limites e funções em cada uma destas. Para Roxin, a primeira etapa é da cominação da pena, a segunda etapa trata da aplicação e graduação da pena e, por derradeiro, a terceira etapa versa acerca da execução da pena.

Dentro da primeira etapa, deve o legislador utilizar o direito penal de forma subsidiária para proteger os bens jurídicos mais caros a sociedade, atendendo à função da prevenção geral negativa, tendo o seu campo de atuação limitado justamente à proteção de determinados bens jurídicos que não serão protegidos pelas demais searas do direito⁴¹.

Já a segunda etapa, momento de aplicação e graduação da pena, objetiva a prevenção geral positiva, porquanto busca ressocializar o indivíduo, limitando-se pela culpabilidade. Esta, todavia, não com o fulcro de fundamentar a pena, mas sim para “evitar que possíveis excessos que poderiam resultar da prevenção geral, passando aquela a funcionar como limite da prevenção geral, motivo pelo qual a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade”⁴².

³⁹ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais do direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1997, p. 24.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 26.

⁴¹ *Ibidem*, p. 31.

⁴² QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2016, p. 422.

Por fim, a terceira etapa deve ter como finalidade a reintegração do condenado na sociedade. Trata-se de uma função de prevenção especial, observada após a incidência das demais fases e funções, inviabilizando a punição de sujeitos que não violaram ou lesaram qualquer bem jurídico⁴³.

Destarte, atendendo aos princípios da dignidade da pessoa humana e autonomia da pessoa, veda-se coerções que interfiram na estrutura da personalidade do indivíduo, mesmo que de eficácia ressocializante, v.g., a castração química em face do cometimento de delitos sexuais⁴⁴.

O doutrinador Luigi Ferrajoli desenvolveu a Teoria da Prevenção Geral Positiva Garantista, sob a qual o direito penal é um mal, a priori, ilegítimo. Todavia, tornar-se-á legítimo quando for um mal menor do que a hipotética vingança privada aplicada à aquele caso concreto. Deste modo, serviria a pena para proteger o criminoso de uma vingança privada exacerbada, mas também para proteger os cidadãos dos comportamentos delitivos.

Então, para este autor, além do “bem-estar possível dos não desviantes”, busca-se o “mínimo mal-estar necessário dos desviantes”⁴⁵. Neste viés, portanto, o impedimento do mal que seria vítima o réu e aqueles que se solidarizassem a ele, é o segundo – juntamente com a prevenção do delito – fundamental objetivo justificante do direito penal, atuando a pena para prevenir injustos delitos e injustas agressões⁴⁶.

Zaffaroni tece críticas quanto a esta análise sob o argumento de que não confirmações acerca desta situação hipotética de vingança privada em cascata, porquanto o sistema penal atua em um diminuíssimo número de casos ocorridos e a imensa maioria dos crimes não são apurados e desvelados não criam uma generalização desmedida de vinganças privadas. Exemplifica, ainda, que na América Latina foram cometidos diversos genocídios que permanecem impunes e, ainda assim, nunca houve um episódio de vingança massiva⁴⁷.

⁴³ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais do direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1997, p. 40-41.

⁴⁴ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2016, p. 422.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 267-268.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 268.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 106.

Outras teorias demonstram a falibilidade do direito penal, impondo a ilegitimidade desta seara. Estas teorias são denominadas deslegitimadoras, sendo as mais veiculadas o abolicionismo penal de Louk Hulsman e o minimalismo radical de Eugenio Raúl Zaffaroni.

Para Hulsman, os crimes resultam de uma definição humana modificável, não sendo um conceito operacional. Assim, a lei que diz onde está o crime e que cria o criminoso⁴⁸. Noutro viés, aduz que estas situações que se enquadram nas definições da lei penal não são apuradas pelo sistema penal e, nesta feita, não há como normalizar um sistema que intervém na vida de maneira marginal e ainda estaticamente desprezível, haja vista que os princípios e valores só se aplicariam a número ínfimo de situações que são os casos registrados. Trata-se do que se convencionou chamar de “cifras ocultas do direito penal”⁴⁹.

Entre outras análises, conclui afirmando:

É preciso abolir o sistema penal. Isto significa romper os laços que, de maneira incontrolada e irresponsável, em detrimento das pessoas diretamente envolvidas, sob uma ideologia de outra era e se apoiando em um falso consenso, unem os órgãos de uma máquina cega cujo objeto mesmo é a produção de um sofrimento estéril. Um sistema dessa natureza é um mal social. Os problemas que ela pretende resolver – e que, de forma alguma, resolve, pois nunca faz o que pretende – deverão ser enfrentados de outra maneira.⁵⁰

Sob outro viés, Zaffaroni nega um abolicionismo em razão da utopia deste. Por outro lado, critica o discurso jurídico-penal por este ser sustentado justamente pela impossibilidade de ser substituído por outro em razão da necessidade de se criar uma proteção em relação a direitos de algumas pessoas⁵¹. Neste sentido, sendo o sistema penal um “mero fato de poder, a pena não pode pretender nenhuma racionalidade, ou seja, não pode ser explicada se não como manifestação de poder”⁵².

⁴⁸ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas. O sistema penal em questão**. 1. ed. Niterói: Luam, 1993, p. 63.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 63.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 91.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.14.

⁵² *Ibidem*, p. 202.

Diante do exposto, veja-se que, embora evidente a falência do sistema penal, não seria possível a substituição deste por outro em face das construções sociais que permeiam esta questão. Assim, o direito penal deve ser subsidiário e mínimo o suficiente para proteger apenas os bens jurídicos mais caros à sociedade.

Fato é que, em que pese a defesa de alguns autores acerca da plausibilidade de uma teoria agnóstica da pena a partir da leitura da Constituição Brasileira⁵³, o ordenamento jurídico brasileiro deixa transparecer as finalidades de retribuição e prevenção do crime, especialmente no artigo 59 do Código Penal apresentado anteriormente, bem como apresenta a finalidade da ressocialização, principalmente por meio do artigo 1º da Lei de Execuções Penais, o qual apresenta a necessidade da execução penal proporcionar condições para a ressocialização do condenado⁵⁴.

O legislador brasileiro não havia se posicionado acerca das finalidades da pena antes da reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984. Tem-se em conta que este posicionamento refletiu, em verdade, a filiação dos doutrinadores brasileiros às teorias ecléticas ou mistas da pena, as quais, conforme apresentado, unificam a finalidade de retribuir o mal do crime e prevenir, de modo geral e de modo especial⁵⁵.

Deste modo, tendo em vista que a própria legislação brasileira aduz a existência de finalidades a serem alcançadas com a aplicação da pena, não pode o aplicador da sanção penal imiscuir-se da tarefa de alcançar esse fim, especialmente através da aplicação de uma pena compatível, proporcional e, sobretudo, individualizada.

2.4 ESPÉCIES DE PENA

As penas cominadas para as infrações penais são previstas no que se denomina preceito secundário do tipo penal. Segundo Cleber Masson, “tipo penal é o modelo

⁵³ Neste sentido, o autor Salo de Carvalho em sua obra *Antimanual de Criminologia*.

⁵⁴ Art. 1º - A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. *In*: BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Lei de Execuções de Penais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 20 jun. 2020.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flavio. **Funções da pena no direito penal brasileiro**. Jus. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/8334/funcoes-da-pena-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em 20 jun. 2020.

genérico e abstrato, formulado pela lei penal, descritivo da conduta criminosa ou da conduta permitida”⁵⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro, os tipos penais podem ser divididos entre preceito primário e preceito secundário. O primeiro setor do tipo é aquele que descreve a conduta proibitiva do tipo⁵⁷. Noutra giro, o preceito secundário é “a sanção que o legislador previu para aquela conduta no tipo penal”⁵⁸.

As sanções penais previstas no ordenamento brasileiro se dividem entre pena multa, penas restritivas de direitos e a pena privativa de liberdade, conforme redação do artigo 32 do Código Penal⁵⁹.

A pena de multa ou pecuniária é uma sanção penal que pode ser prevista isoladamente ou, ainda, cumulativamente com a pena privativa de liberdade, sendo que consiste no pagamento ao fundo penitenciário de um valor a ser fixado pelo magistrado sentenciante dentro dos patamares formulados pelo legislador e elencados no preceito secundário do tipo⁶⁰.

Introduzidas no ordenamento pátrio por meio da Reforma da Parte Geral do Código Penal, qual seja a Lei nº 7.209/84, as denominadas penas restritivas de direitos são consideradas penas “alternativas, porque têm a finalidade de substituir a pena de prisão, espinha dorsal do sistema penal brasileiro”⁶¹. Ou seja, são sanções que, atendidos os critérios necessários para a sua aplicação, são aplicadas em substituição às penas privativas de liberdade inicialmente cominadas.

Apesar desta nomenclatura, demonstra-se escorreito denominar estas penas como penas substitutivas e não alternativas. Isto porque, por penas alternativas, deve-se entender aquelas as quais serão aplicadas à escolha do juiz sentenciante, em hipóteses em que o tipo penal prevê mais de uma sanção para o mesmo fato delituoso.

⁵⁶ MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120) – vol. 1.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 225.

⁵⁷ MELO, Rodrigo Drumond. **Raiz quadrada da norma penal em branco.** Monografia (Pós-Graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p.26.

⁵⁸ *Ibidem, Loc. cit.*

⁵⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

⁶⁰ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória.** 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 327.

⁶¹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral.** 12. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 521.

Não sendo o caso das penas restritivas de direitos, estas substituirão as penas privativas de liberdade quando, tendo o julgador condenado o réu, impõe-lhe a pena de prisão e, verificado o preenchimento dos requisitos legais, opera-se a substituição⁶².

As penas privativas de liberdade, portanto, são aquelas mais aplicadas no ordenamento pátrio. Cleber Masson conceitua estas como a “modalidade de sanção penal que retira do condenado se direito de locomoção, em razão da prisão por tempo determinado”⁶³.

Sob o raciocínio hobbesiano, a prisão ocorre quando determinado indivíduo é privado de sua liberdade, podendo ser imposta em razão de dois fins diferentes, quais sejam a segura detenção do sujeito e infligir um mal a este. Na primeira hipótese, não se trataria de uma punição, pois não seria possível punir alguém sem a declaração de culpa. Conclui ainda que a palavra “prisão” pode denotar qualquer delimitação de movimentos a partir de um obstáculo exterior, independente de qual seja. Assim, podem ser configuradas como prisões as casas, por exemplo, caso a pessoa esteja lá confinada contra a sua vontade⁶⁴.

As penas privativas de liberdade tolhem a liberdade individual de ir, vir e ficar do cidadão condenado, impondo a este a obrigatoriedade de se retirar em ambientes de contenção total, quais sejam as penitenciárias, ou parcial, como as colônias penais e os albergues. Note-se, neste turno, que a definição do *quantum* de recolhimento é justamente a quantidade de pena imposta e o regime de execução desta⁶⁵.

Recai, hodiernamente, severas – e justas – críticas às penas privativas de liberdade. Apesar do papel instrumental do sistema carcerário e da sua operação política⁶⁶, conforme bem aludido pelo filósofo Michel Foucault, o combate ocorre menos pela natureza e característica da pena e mais pela forma de execução, mediante maus-

⁶² CIRIGLIANO FILHO, Raphael. A nova disciplina legal das penas restritivas de direitos. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 2, n.7, 1999, p. 136.

⁶³ MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120) – vol. 1**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 225.

⁶⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 267.

⁶⁵ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.135.

⁶⁶ FOUCALT, Michel. **Vigiar e punir**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 304.

tratos, falta de higiene, superlotação, sucateamento das estruturas, entre outras graves violações ao princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁷.

Nesse interim, a legislação penal brasileira admite três espécies de penas privativas de liberdade, quais sejam reclusão e detenção, aplicadas especificamente aos crimes⁶⁸, e prisão simples, destinadas às contravenções penais⁶⁹. Assim, condutas consideradas mais gravosas e lesivas a bens jurídicos mais caros serão, via de regra, apenas com a reclusão, enquanto lesões contra bens de menor importância serão reprimidas com detenção ou prisão simples.

Esta diferenciação possui especial valor para a lógica do ordenamento jurídico brasileiro, o qual busca aplicar a pena mais compatível com o caso concreto. Assim, discutiu-se reiteradamente a hipótese de cominar apenas uma espécie de pena de prisão, haja vista que, em verdade, todas tolhem o direito de ir, vir e ficar. Não obstante, o Código Penal Brasileiro manteve o trinômio reclusão, detenção e prisão simples em face do argumento de que uma pena única de prisão atentaria contra a garantia da individualização da pena⁷⁰.

2.5 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA PENA

Diante da variedade de penas cominadas na legislação, adota-se um critério fixo de aplicação da pena, de modo que, sempre que haja a condenação pelo cometimento de um crime, o magistrado guie-se pelo sistema adotado e aplique a pena em conformidade com as previsões legais.

Essa atividade do magistrado não pode servir como um instrumento de opressão judicial, haja vista que, conforme salientado alhures, deverá o sentenciante estar vinculado a fatores, critérios e finalidades que determinarão a dosimetria penal e, ao

⁶⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 137.

⁶⁸ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. *In*: BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

⁶⁹ Art. 5º - As penas principais são: I – prisão simples. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de Outubro de 1941**. Lei de Contravenções Penais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

⁷⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Op. cit.*, 2013, p.140.

mesmo tempo, limitarão a prerrogativa do juiz de definir a pena a ser cumprida pelo condenado⁷¹.

Para que se analise o critério de aplicação da pena adotado no Brasil é necessário praticar uma digressão histórica entre os Códigos Penais vigentes desde o Brasil Império até o atual.

O primeiro Código Penal Brasileiro, promulgado em 1830, adotou um critério rudimentar de fixação da pena. O artigo 63 do referido diploma impunha que, aos crimes que possuíam patamares máximos e mínimos de pena, considerar-se-ia três graus de crime: maior gravidade, médio e menor gravidade. O escalonamento entre esses graus se daria em atenção às circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos artigos 16 a 19 daquele Códex⁷².

Assim, apenas três patamares de pena seriam possíveis, haja vista que ao ser considerado um crime de maior gravidade, a sanção seria aplicada no seu máximo cominado em abstrato e, caso fosse um crime de menor gravidade, a pena seria estabelecida no seu talante mínimo. Por fim, caso o crime fosse considerado médio, seria imposta a pena no termo médio entre os dois patamares estabelecidos no preceito secundário daquela norma penal.

Com o advento do Código Penal de 1890, houve uma maior flexibilização da dosimetria da pena, sem, contudo, perder a característica de ser uma aplicação aritmética. A inovação trazida por este diploma foi o surgimento de dois novos graus de fixação da pena: aquele situado entre o grau mínimo e médio, na hipótese em que havia concurso de atenuantes e agravantes com predominância daquelas, e aquele novo grau situado entre o grau médio e máximo, novamente na hipótese de haver concurso de atenuantes e agravantes, mas com predominância destas, nesse caso⁷³.

⁷¹ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 327.

⁷² BRASIL. **Lei de 16 de Dezembro de 1830**. Código Criminal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

⁷³ Art. 62 – “Nos casos em que este código não impõe pena determinada e somente fixa o Máximo e o mínimo, considerar-se-hão tres graus na pena, sendo o grau médio compreendido entre os extremos, com atenção ás circumstancias aggravantes e attenuantes, as quaes serão applicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes: § 1º No concurso de circumstancias aggravantes e attenuantes que se compensem, ou na ausencia de umas e outras, a pena será applicada no grau médio. § 2º Na preponderancia das aggravantes a pena será applicada entre os graus médio e maximo, e na das attenuantes entre o médio e o minimo. § 3º Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circumstancias aggravantes sem alguma attenuante, a pena será

Ainda em relação a este Código Penal, surge outra inovação, especialmente em relação à execução da pena, sendo trazida regra de individualização da pena, com previsão no artigo 53 daquele, oferecendo ao condenado a oportunidade de trabalho relacionado às suas habilidades e ocupações anteriores ao cárcere⁷⁴.

O jurista Pedro Vergara criticou estes métodos de fixação da pena aduzindo que:

não era o juiz que graduava a pena; também não era o criminoso que servia de objeto a essa graduação; a bem dizer, nem era o crime, *in concreto*, que oferecia as condições dessa dosagem; a soberania do direito penal, na sua adequação prática, que é a arte da aplicação da pena, era exercida firme e hieraticamente, por esta deusa da medida: a aritmética⁷⁵.

O Código Penal vigente realizou a “eliminação das escalas prefixadas de penas, conforme o número de atenuantes e agravantes presentes (penas tarifadas)”⁷⁶. A subjetividade advinda neste novo diploma fez com que a doutrina se dividisse acerca do melhor método de aplicação da pena, diante dos denominados método bifásico e método trifásico.

O penalista Roberto Lyra se tornou o representante do método bifásico de aplicação da pena, defendendo a aplicação da reprimenda em apenas dois momentos. Para ele, o magistrado deveria, em uma primeira fase, analisar conjuntamente as circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais, previstas, antes da Lei nº 7.209/84, nos artigos 42, 44, 45 e 48 do Código Penal. Diante do resultado dessa análise, o juiz, em um segundo e último momento, fixaria a pena definitiva com base na existência de causas de aumento ou de diminuição, as quais se encontram espalhadas pela legislação penal⁷⁷.

aplicada no Maximo, e no minimo si for acompanhada de uma ou mais circunstancias attenuantes sem nenhuma agravante.” *In*: BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

⁷⁴ Art. 53 - “Ao condenado será dado, nos estabelecimentos onde tiver de cumprir a pena, trabalho adaptado às suas habilitações e precedentes ocupações.” *In*: *Ibi* BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

⁷⁵ VERGARA, Pedro. **Das Penas Principais e sua Aplicação**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Boffoni, 1948, p. 249.

⁷⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Dinâmica histórica da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil: análise crítica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 117, nov-dez 2015, p. 6.

⁷⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.151.

Noutro flanco encontrava-se Nelson Hungria, êmulo, sustentando que a dosimetria judicial deveria ocorrer em três etapas. A primeira fase implicaria ao magistrado a análise apenas das circunstâncias judiciais, com o propósito de definir a pena-base. Encontrada, esta serviria como parâmetro para a segunda fase, onde o juiz praticaria atenuações ou agravações, de acordo com a presença ou não de circunstâncias legais. Por fim, encontrada a pena intermediária ou provisória, faria incidir sobre ela os aumentos ou diminuições determinadas pela incidência de majorantes ou minorantes⁷⁸.

Ao fim, prevaleceu o método adotado por Nelson Hungria, sobressaltando, de início, jurisprudencialmente, tomando como fator determinante a 1ª Conferência dos Desembargadores, realizada em julho de 1943, com representantes de todos os Tribunais de Justiça, sendo posteriormente positivado com a Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984⁷⁹.

José Duarte⁸⁰ apresenta diversas razões pelas quais o método trifásico prevaleceu sobre aquele apontado por Roberto Lyra. As três etapas de Hungria exigem um ponto de referência para que se proceda a agravação ou atenuação durante a segunda fase, o que não ocorre no método bifásico onde circunstâncias legais e judiciais convivem na primeira fase de aplicação da pena.

Ainda, o critério escolhido não permite que o magistrado sopesse, entre si, circunstâncias judiciais e legais, de modo que possa ocorrer o absurdo daquelas neutralizarem ou superarem estas. Noutro giro, denota que as circunstâncias judiciais sempre existem, ao passo que as circunstâncias legais são excepcionais, devendo estas atuar como um *plus* ou *minus* justamente em comparação com os casos comuns⁸¹.

Por fim, ressalta que antes de ser medido o patamar de agravação ou atenuação, as circunstâncias judiciais serão analisadas como “um critério geral de mensuração da

⁷⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.151.

⁷⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Dinâmica histórica da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil: análise crítica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 117, nov-dez 2015, p. 9.

⁸⁰ DUARTE, José *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. *Op. cit.*, p.151.

⁸¹ *Ibidem*, *Loc. cit.*

pena em relação ao crime considerado substancialmente ou nos limites de sua definição geral”⁸².

Consagrado o método trifásico, este passou a ser utilizado pelos magistrados brasileiros para que se defina a pena individualizada do sujeito que comete um crime. Dessa forma, Ricardo Schmitt influi que “a dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização do castigo”⁸³.

Extraí-se, portanto, que a dosimetria da sanção a ser realizada pelo magistrado sentenciante deve seguir o critério trifásico de aplicação da pena, positivado no artigo 68 do Código Penal⁸⁴, mas deve também se curvar e positivar as garantias e princípios constitucionais, especialmente aquele que garante ao acusado uma pena individualizada e proporcional ao fato típico por ele cometido e por isto sentenciado pelo juiz. É de se dizer, outrossim, que a inobservância do critério trifásico é causa de nulidade da aplicação da pena, conforme entendimento dos Tribunais Superiores⁸⁵.

Destarte, em face da consagração do método trifásico de aplicação da pena, premente a apuração acerca das suas etapas, de modo que reste apresentada a estrada que deve o magistrado percorrer quando da prolação da sentença.

2.5.1 Circunstâncias judiciais

⁸² BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 152.

⁸³ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 105.

⁸⁴ Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. *In*: BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 21 mar. 2020.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 70327/SP**. Recorrente: Impetrante: Edgard Alberto Monteiro. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DJ 24 jun. 1994. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur74968/false>. Acesso em 20 set. 2020.

O primeiro momento do cômputo da reprimenda é a análise das circunstâncias judiciais, taxativamente elencadas, hodiernamente, no artigo 59 do Código Penal⁸⁶. Não obstante, a topografia legal desta previsão, bem como seu conteúdo, foi alterada justamente com a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Isto porque a redação original do Decreto-Lei nº 2.848/40 elencava as circunstâncias judiciais no seu art. 42, com um conteúdo exíguo se comparado com o atual.

O dispositivo indigitado demonstra que, além da fixação da sanção individualizada, as circunstâncias ali previstas possuem relevância também em outros contextos jurídicos. É o caso, justamente, da fixação do regime inicial de cumprimento de pena e da substituição da pena privativa de liberdade. Por previsão expressa do artigo 59, especialmente os seus incisos III e IV, as circunstâncias judiciais serão analisadas também no momento em que o magistrado sentenciante fixa o regime inicial em que o condenado cumprirá pena ou, ainda, quando da análise da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, na forma do artigo 44, também do Código Penal.

É de se ver, ainda, que a nomenclatura das circunstâncias previstas no art. 59 como “judiciais” decorre justamente da apreciação exclusiva e reservada ao juiz sentenciante, dotado de discricionariedade para avaliar a incidência positiva ou negativa de cada uma delas. Ao revés, as circunstâncias legais e as causas de aumento e diminuição de pena possuem natureza positiva ou negativa desde a sua previsão legal proposta pelo legislador⁸⁷.

Contudo, a intensa discricionariedade a qual se submete o magistrado durante a análise das circunstâncias judiciais limita-se justamente em razão da necessidade de motivação justa, idônea e fundamentada para que seja afastada a pena do seu mínimo legal.

Outrossim, importante salientar que, durante a primeira fase de cálculo da pena, conforme previsão expressa do artigo 59, inciso II, do Código Penal, a reprimenda

⁸⁶ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. *In*: BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. *Op. cit.* Acesso em 21 mar. 2020.

⁸⁷ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 196.

não poderá ser fixada fora dos limites previstos abstratamente no tipo penal correlato. Esse entendimento foi positivado desde o advento do atual Código Criminal, sendo, antes da Reforma da Parte Geral, elencado no artigo 42, inciso II. Desse modo, candente a consagração da impossibilidade de fixação da pena em patamares aquém do mínimo ou além do máximo previstos em abstrato no primeiro momento de cômputo.

Ademais, o atual dispositivo elenca oito circunstâncias através das quais o magistrado sentenciante, de maneira fundamentada e motivada, individualizará a pena do condenado no primeiro momento. Nesse sentido, esta pena resultante da análise das circunstâncias judiciais é nomeada de pena-base.

Apesar da ausência de previsão legal, doutrina e jurisprudência convergem para a utilização de um critério ideal de valoração às circunstâncias judiciais. Nesse trilhar, propugna-se que o *quantum* de exasperação recaia sobre o intervalo entre a pena mínima e máxima cominadas em abstrato, justamente para que a pena possa apenas ser aplicada no seu mínimo legal, no máximo ou no intervalo entre estas⁸⁸.

De mais a mais, estabeleceu-se que o critério de exasperação para cada uma das circunstâncias judiciais consideradas negativas é justamente 1/8 (um oitavo), levando em consideração que oito circunstâncias judiciais são elencadas no artigo 59 e que, conforme consabido, estas não possuem preponderância entre si. Hodiernamente, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade do *quantum* de aumento ser admitido em até 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável⁸⁹.

Assim, na hipótese de ser considerada negativa uma circunstância judicial, deverá o magistrado sentenciante afastar a pena mínima cominada em abstrato exasperando esta com o acréscimo de um oitavo do intervalo entre as sanções mínima e máxima previstas para o crime perpetrado.

⁸⁸ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 203.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.358.116** - RN (2012/0253631-0). Recorrente: Germano Jácome Patriota. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Rogério Schiatti Cruz. Brasília, DJ 10 out. 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1535923&num_registro=201202536310&data=20161010&formato=PDF. Acesso em 20 set. 2020.

2.5.2 Circunstâncias legais

Ultrapassada a análise das circunstâncias judiciais e definida a pena-base, o magistrado sentenciante direciona-se à segunda fase de aplicação da pena, na esteira do artigo 68 do Código Criminal. Neste momento, o julgador avaliará a incidência das denominadas circunstâncias legais, as quais permitirão a definição da denominada pena intermediária.

Tal qual a primeira etapa do processo de aplicação da pena, o legislador deixou de dispor acerca do *quantum* de agravamento ou atenuação, incumbindo à jurisprudência e doutrina apresentar o patamar ideal. Observada a segurança jurídica do sistema penal e, ainda, o escalonamento das fases do sistema dosimétrico, o Supremo Tribunal Federal adota como ideal o patamar de valoração de 1/6 (um sexto) mediante a incidência das agravantes e/ou atenuantes⁹⁰⁻⁹¹. Nessa linha, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, justamente em face da inexistência de qualquer parâmetro legal para valoração das circunstâncias atenuantes e agravantes, reconhece que para determinação do patamar de agravamento ou atenuação da pena deve ser erigida sempre a correlação com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade⁹².

Desde logo, por constituir escopo deste trabalho, premente consignar que a pena intermediária não poderá ser fixada fora dos patamares cominados em abstrato para o tipo penal aplicado à espécie. Convencionou-se a chamar essa característica de Teoria das Margens, em face justamente da impossibilidade do magistrado sentenciante dosar a pena intermediária fora das margens propostas pelo legislador.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 69392/SP**. Impetrante: José Rodrigues. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DJ 12 mar. 1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur75224/false>. Acesso em 20 set. 2020.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 33.697/MS**. Impetrante: Rosemar Henrique Lara. Impetrado: Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Paulo Medina. Brasília, DJ 01 ago. 2006. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%2733697%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%2733697%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%2733697%27)+ou+(%27HC%27+adj+%2733697%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 20 set. 2020.

Essa teoria é adotada pelos Tribunais Superiores⁹³⁻⁹⁴, com entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça:

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

De mais a mais, as circunstâncias legais dividem-se em duas modalidades, distinguindo-se estas por sua natureza positiva ou negativa, capazes de atenuar ou agravar a pena, respectivamente.

2.5.2.1 Agravantes

O Código Penal elenca em seus artigos 61 e 62 as denominadas circunstâncias agravantes. Tratam-se, assim, das circunstâncias legais que possuem natureza negativa, ao passo que, mediante sua ocorrência, deverá ser a pena do réu agravada.

Ainda, face a inadmissão da analogia *in malam partem*, o rol das agravantes é taxativo, vedado o reconhecimento de qualquer hipótese que não tenha cominação legal⁹⁵. Nesse sentido, esclareça-se que apesar da previsão das agravantes genéricas, dispostas no Código Penal, é possível encontrar circunstâncias legais também na Legislação Penal Especial.

2.5.2.2 Atenuantes

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 70.883/SP**. Impetrante: José de Souza da Silva. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 24 jun. 1994. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur74639/false>. Acesso em 20 set. 2020.

⁹⁴ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 822.831/RS**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: Cristiano Guilherme Claser dos Santos e Juliano dos Boita. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DJ 01 ago. 2006. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clap.+e+@num=%27822831%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27822831%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clap.+e+@num=%27822831%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27822831%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 20 set. 2020.

⁹⁵ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 233.

Noutro giro, dotadas de natureza positiva e responsáveis pelo abrandamento da pena-base, tem-se as circunstâncias legais atenuantes, dispostas nos artigos 65 e 66 do Código Penal. Estas são, por expressa previsão legal, circunstâncias que sempre atenuam a pena e, por configurarem hipótese de favorecimento da situação do condenado, deverão obrigatoriamente ser reconhecidas pelo magistrado sentenciante.

Ao passo que o artigo 65 prevê as denominadas atenuantes nominadas, porquanto expressa a hipótese de atenuação a ser observada quando da prolação da sentença, o artigo seguinte elenca as circunstâncias legais atenuantes conhecidas como “inominadas”⁹⁶:

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Destarte, compreendendo que as circunstâncias atenuantes nominadas são exemplificativas, incumbe ao julgador reconhecer outras atenuantes não previstas em lei, desde que reste demonstrada a devida relevância da circunstância⁹⁷.

Cumprido lembrar que, apesar da expressa previsão legal derredor das circunstâncias previstas no artigo 65 do Código Penal sempre atenuarem a pena, bem como a ausência de vedação a extrapolação do limiar mínimo, aplicável à primeira fase de dosimetria da reprimenda por conta da previsão do artigo 59, inciso II, também da Cártula de Crimes, o enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça veda a aplicação da pena intermediária em limiares inferiores ao talante mínimo previsto em abstrato.

2.5.3 Causas de aumento e diminuição de pena

⁹⁶ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 232.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 233

Por fim, a terceira fase do processo de cálculo da pena em concreto, onde se observa a incidência das nomeadas causas de aumento e diminuição de pena ou majorantes e minorantes, respectivamente.

Forçoso consignar, desde logo, que a causas de aumento e diminuição podem ser encontradas tanto na parte geral como na parte especial do Código Penal e, ainda, nas legislações penais extravagantes. Não obstante, salienta-se que, ao passo que as causas descritas na parte geral do Código Penal possuem aplicação a todos os crimes do ordenamento, aquelas descritas na parte especial, ou, ainda, em leis extravagantes, aplicam-se somente aos delitos correlatos⁹⁸, seja topograficamente – *verbi gratia*, artigo 157, §2º do Código Penal⁹⁹ –, seja no mesmo diploma legal – artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06¹⁰⁰.

De mais a mais, a terceira fase apresenta relevante distinção das demais, haja vista que, nesse momento, o *quantum* de aumento é destacado pelo próprio legislador, seja por um patamar fixo de aumento ou de diminuição ou ainda por um intervalo de valores predeterminados¹⁰¹. Nessa senda, o reconhecimento e aplicação das minorantes e majorantes possuem o condão de estabelecer as penas em patamares inferiores ou superiores à aqueles cominados em abstrato¹⁰².

Assim, diante da incidência de causas de aumento e/ou de diminuição de pena, deverá o julgador, a partir da pena intermediária resultante da segunda fase de dosimetria da pena, aplicar o *quantum* de aumento ou diminuição previsto expressamente ou estabelecer o patamar dentro do intervalo cominado em abstrato. Outrossim, é adotado o critério sucessivo de aplicação durante a terceira fase, a saber, tratando-se daquele onde das causas de aumento e diminuição deverão ter

⁹⁸ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 287.

⁹⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

¹⁰⁰ *Idem*. **Lei 11.343, de 23 de Agosto de 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

¹⁰¹ SCHIMITT, Ricardo Augusto. *Op. cit.*, 2017, p. 287.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 85673/PA**. Impetrante: Ney Gonçalves de Mendonça Júnior. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DJ 24 jun. 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur11217/false>. Acesso em 20 set. 2020.

incidência uma sob a outra, evitando a possível dosagem da pena definitiva em patamar igual a zero¹⁰³.

¹⁰³ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 302.

3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena exsurge da Constituição Federal, a qual prevê no seu artigo 5º, inciso XLVI que “a lei regulará a individualização da pena”¹⁰⁴.

De início, o termo individualizar significa tornar único, tornar individual uma situação ou alguém, particularizando algo que antes possuía tratamento genérico, distinguindo algo ou alguém, dentro de um contexto^{105 106}.

Portanto, 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 em relação aos demais infratores”¹⁰⁷.

A individualização contradiz as acepções do *jus puniendi* do passado, quando o cômputo da pena configurava-se em um mero juízo de arbitrariedade do magistrado ou, ainda, um sistema rígido sem apreciações acerca da personalidade do criminoso ou circunstâncias concretas relacionadas à prática delitiva¹⁰⁸.

Individualizar a pena é um reflexo da equação racional da sanção penal, assumindo como variáveis o fato criminoso e a personalidade do sujeito que perpetra o delito. A fórmula aduzida representa a gestão do castigo por meio de uma administração calculada, científicada e humanizada¹⁰⁹.

Destarte, a fim de compreender as nuances da individualização da pena, premente a contextualização da sua origem e fundamentos históricos.

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO

¹⁰⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 mar. 2020.

¹⁰⁵ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 107.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 27.

¹⁰⁷ *Ibidem*, *Loc. cit.*

¹⁰⁸ ARAÚJO, Vicente Leal de. Princípio da Individualização da Pena. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. v.18, n.8, ago. 2008, p. 27.

¹⁰⁹ MACHADO, Vinicius da Silva. **Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada**. 2009. Dissertação. (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Universidade de Brasília – UNB, Brasília. Orientador: Profa. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4044/1/2009_ViniciusdaSilvaMachado.pdf. Acesso em 15 nov. 2020, p. 20

Primeiramente, incumbe demonstrar a construção histórica da individualização da pena, culminando na positivação enquanto princípio constitucional.

É registrado historicamente que, até o fim da Idade Média, as penas eram dotadas de gravíssimos graus de crueldade, bem como desumanidade nas execuções, especialmente diante das decisões proferidas pelos Tribunais da Inquisição, julgando aqueles que ofendiam as normas canônicas¹¹⁰.

A política criminal que guardava os suplícios no seu escopo durou até os séculos XVII e XVIII, sendo a penalidade executada com caráter repressivo e imediatista. Nessa senda, a prisão, enquanto estabelecimento, além de ser o lugar de detenção antes do julgamento ou, excepcionalmente, o local de reclusão daqueles que não podiam arcar com os custos da fiança, passa a ter o significado de uma das principais facetas do sistema penal, qual seja, a seletividade¹¹¹.

Contrapondo e refletindo acerca dos ditames propostos, surge a Escola Clássica, aproximada da teoria iluminista do Contrato Social de Jean Jacques Rousseau. Desponta como representantes ilustres desta escola o jurista Cesare Beccaria na Itália, o filósofo Jeremy Bentham no Reino Unido e Paul Johann Anselm von Feuerbach na Alemanha¹¹².

A insurgência iluminista do século XVIII exigiu uma suavização das violências das penas impostas. Isso porque, anteriormente, a punição ocorria a partir da violência sobre o próprio corpo do indivíduo, independente da justificativa proposta. Via-se, em verdade, diversos argumentos para sustentar a violência corporal, tais quais a resposta punitiva a partir do mesmo mal praticado, a expiação dos pecados-crimes, entre outros¹¹³. Noutro giro, urgia a necessidade de suprimir a arbitrariedade dos

¹¹⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 143.

¹¹¹ MACHADO, Vinícius da Silva. **Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada**. 2009. Dissertação. (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Universidade de Brasília – UNB, Brasília. Orientador: Profa. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4044/1/2009_ViniciusdaSilvaMachado.pdf. Acesso em 15 nov. 2020. p. 22.

¹¹² SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006, p. 64

¹¹³ MACHADO, Vinícius da Silva. *Op. cit.*, 2009, p.19.

magistrados, alçando o juiz ao papel de instrumento mecânico de aplicação da pena¹¹⁴.

No Brasil, o advento do Código Criminal de 1830, inspirado no Código Penal Francês de 1810 e esmaecendo o Livro V das Ordenações Filipinas, trouxe avanços justamente em razão das influências iluministas e europeias¹¹⁵.

Acerca do Código Penal Francês de 1810, ressalta-se que este subjugou o Código Penal de 1791, o qual, apesar de revelar o espírito da época, fortemente influenciado pelos pensamentos de Cesare Beccaria e Montesquieu, demonstrava-se incompleto. Derredor desta incompletude, as sanções no Códex anterior apresentavam patamar único, sem que o magistrado pudesse percorrer qualquer caminho para individualizar a pena ao delito. Ao revés, o Código de 1810, à exceção da pena perpétua, apresentava um máximo e um mínimo, autorizando o magistrado a dosar a pena a partir das circunstâncias particulares de cada delito¹¹⁶.

A título de exemplo, o Código Penal Francês, em seu artigo 1, da Seção II, do Título II, versa acerca da subtração de propriedade alheia mediante uso da força ou grave ameaça, da seguinte forma: *Tout vol commis à force ouverte ou par violence envers les personnes, sera puni de dix années de fers*¹¹⁷. Nessa senda, observa-se que o magistrado possuía apenas a possibilidade de aplicar a pena de dez anos ao indivíduo que cometesse o delito, sem qualquer tipo de gradação a ser praticado no momento da sentença.

Não obstante, a simplicidade da previsão da lei penal era acompanhada por uma grande liberdade para aplicar ou não a sanção e até substituí-la. É dizer que, apesar do caráter rudimentar, não tratava-se de legislação rigorosa ou estrita¹¹⁸.

Sobre este tema Maria Rocha Machado, aduz:

¹¹⁴ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006, p. 66.

¹¹⁵ KIFFER, Wallace Pandolpho. **O princípio constitucional da individualização das penas privativas de liberdade aplicado aos condenados por tráfico de drogas no Espírito Santo**. 2001. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis. Orientador: Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/81786/181955.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 15 nov. 2020, p. 85.

¹¹⁶ SALEILLES, Raymond. *Op. cit.*, 2006, p. 65.

¹¹⁷ Qualquer furto cometido com força aberta ou com violência contra as pessoas, será punido com dez anos de prisão. (tradução nossa).

¹¹⁸ MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Alvaro Penna; FERREIRA, Carolina Cutrupi; SCHAFFA, Pedro Mesquita. **A complexidade do problema e a simplicidade da solução**: a questão das penas mínimas. Projeto Pensando o Direito. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/17Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em 15 nov. 2020, p. 26

Além disso, nesse momento ainda era muito difícil pensar a independência entre o direito e a política. A pena era uma operação do sistema político e não do sistema jurídico. Montesquieu já havia escrito sobre a divisão dos poderes, mas colocou o poder de determinar a pena nas mãos do político; o juiz só tinha que abrir a boca e deixar sair as palavras pré-selecionadas do político... Nesse contexto, o juiz do processo (que conhece o direito e o caso concreto diante dele) não é quem determina a pena, ele apenas a transmite. É o político, no papel de legislador, que verdadeiramente decide a pena a aplicar¹¹⁹.

Portanto, o Código Penal Francês de 1810, refletindo os pensamentos da Escola Clássica, editou grande reforma e representou significativo avanço. Obviamente, com o passar do tempo, novas alterações surgiram e as previsões foram aperfeiçoadas.

Diante dos cenários propostos pela Escola Clássica, novos pensamentos nascem e passam a contrapor os ideais estabelecidos. Dessa forma, a nominada Escola Neoclássica passa a tecer críticas acerca das construções anteriores, sendo aqueles resumidos por Saleilles assim:

Vejamos a parte crítica. O sistema clássico, ainda que seja tão simples, ao ser aplicado chocou-se com duas forças irresistíveis: o bom senso popular e a ciência. O bom senso popular, porque esse sistema penal tirânico igualava a todos: os que eram dignos de compaixão e os que só despertavam repulsa. E se chocava com a ciência porque se baseava em uma ficção contrária a todas as noções científicas, a de um grau de liberdade igual em todo homem diante do mesmo ato. A justiça popular, que julgava o homem antes de julgar o ato, não se encontrava de acordo com a justiça legal; e o quanto havia no povo de instinto de humanidade e de compaixão se rebe lava diante daquela justiça sumária que não conhecia matizes, distinções nem reservas. Quanto aos homens da ciência, filósofos, médicos e juristas, nenhum mais podia aceitar essa concepção antiquada, e quase que unanimemente rejeitada, de um livre-arbítrio igual para todos, idêntico diante de um mesmo ato caracterizado somente por um objeto e pela gravidade do ato, e não pela maior ou menor resistência interna que teve de vencer. E então vamos assistir, na teoria e nos atos, nos livros de doutrina e na prática do júri, a uma transformação da idéia de responsabilidade e a um primeiro ensaio de individualização, fundado na idéia de responsabilidade.¹²⁰

¹¹⁹ MACHADO, Máira Rocha; PIRES, Alvaro Penna; FERREIRA, Carolina Cutrupi; SCHAFFA, Pedro Mesquita. **A complexidade do problema e a simplicidade da solução:** a questão das penas mínimas. Projeto Pensando o Direito. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/17Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em 15 nov. 2020, p. 26

¹²⁰ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena.** 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006, p. 72.

Assim, em face do sistema de presunções e ficções, surgiu um sistema de responsabilidade concreta, em que deveria ser apreciada individualmente, em cada caso, ao revés da individualização em conjunto, estabelecida anteriormente. A oposição apresentava-se justamente entre a lei escrita, apresentando uma responsabilidade presumida, e a aplicação da lei, concebendo uma responsabilidade verdadeira e concreta¹²¹.

O tribunal do júri foi responsável pela primeira reforma neoclássica. O conselho de sentença, formado por populares, via-se diante de homens que narravam diferentes histórias, contextos, arrebatamentos, alienações e, apesar das nuances postas, não poderiam distinguir as penas, mas tão somente aplicá-las de forma semelhante a todos. A responsabilidade era igual para todos os indivíduos, não havendo espaço para a dosagem da responsabilidade. Nesse ínterim, atendendo aos anseios do júri, primeiro de forma parcial em 1824 e, posteriormente, de forma geral em 1832, procurou-se satisfazer as tendências do júri, introduzindo os sistemas das circunstâncias atenuantes¹²².

Desse modo, o fim proposto era justamente ajustar a pena ao grau de responsabilidade do indivíduo, diante do valor moral do ato realizado, individualizando a pena com fundamento na responsabilidade do acusado. A introdução destas circunstâncias atenuantes denotou a nova era que se traçava, de modo que todos os Códigos Penais – e não apenas os franceses – adotaram estas novas circunstâncias¹²³.

Assim, diante das reformas propostas, as quais tinham como norte o homem certo e não o homem médio, avaliando as particularidades do caso concreto, nasceu o princípio da individualização da pena¹²⁴.

Noutro turno, em oposição absoluta e radical ao sistema clássico, exurgiu a Escola Italiana, cujos representantes mais célebres são Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garófalo e Scipio Sighele, reagindo diretamente à tese do livre-arbítrio e reconhecendo o delito como resultado de fatores puramente naturais¹²⁵.

¹²¹ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006, p. 80.

¹²² *Ibidem*, p. 81.

¹²³ *Ibidem*, *Loc. cit.*

¹²⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 145.

¹²⁵ SALEILLES, Raymond. *Op. cit.*, 2006, p. 100.

Negando, portanto, o quanto estabelecido pela Escola Clássica, os positivistas italianos aduziam que o homem não possui controle sobre os seus instintos ou faculdades morais. Apesar de certas divergências nos fundamentos – para Lombroso, o crime era o produto fatal do temperamento patológico do indivíduo, ao passo que, para Ferri, o crime era o produto fatal do seu meio social e das suas condições econômicas –, o resultado é que não há sentido em expiar um dano que não era evitável¹²⁶.

Diante do pensamento construído, conclui-se que a pena não é a sanção ao crime, mas uma medida de prevenção à criminalidade individual. Desse modo, as discussões acerca do grau de responsabilidade se esvaem e a definição de individualização passa a ser tratada como a “apropriação dos meios repressivos ao fim proposto, que é a eliminação da criminalidade, quer pela reforma do criminoso, quer pelo seu afastamento, caso seja irrecuperável”¹²⁷.

Hodiernamente, o pensamento de Raymond Saleilles, consolidado na obra *L'Individualisation de la Peine*, publicado no final do Século XIX, norteia os modelos jurídicos ocidentais¹²⁸, concluindo que é necessário que a pena seja apropriada para o seu fim, não cabendo fixá-la de antemão ou, ainda, regulá-la legalmente de um modo imutável. É necessário que a pena se adapte à natureza do indivíduo sobre o qual ela recairá e, nesse trilhar, adaptar-se ao indivíduo é justamente individualizar a pena¹²⁹.

3.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

Passada a digressão histórica acerca da construção da ideia de individualização da pena, premente a apresentação da conversão enquanto princípio constitucional. Nessa senda, veja-se que a individualização da pena restou positivada por meio do

¹²⁶ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006, p. 111.

¹²⁷ *Ibidem*, p.123.

¹²⁸ MACHADO, Vinicius da Silva. **Entre números, cálculos e humanidade**: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada. 2009. Dissertação. (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Universidade de Brasília – UNB, Brasília. Orientador: Profa. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4044/1/2009_ViniciusdaSilvaMachado.pdf. Acesso em 15 nov. 2020. p. 26.

¹²⁹ SALEILLES, Raymond. *Op. cit.*, 2006, p.31

legislador constituinte, adquirindo a natureza de princípio constitucional ao ser tutelada no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Toma-se como princípio o “veículo dos valores mais fundamentais de uma sociedade”¹³⁰. Portanto, ainda na lição de Dirley da Cunha Júnior, os princípios são normas jurídicas, e são também cogentes e obrigatórios, dotados de eficácia jurídica vinculante e que integram o ordenamento jurídico. Nessa senda, determinam o conteúdo das regras jurídicas e também dos demais atos do poder público¹³¹.

Ainda, cumpre aduzir do que se tratam os denominados direitos fundamentais. Em verdade, direitos fundamentais nada mais são do que os direitos humanos positivados em Constituições. Desse modo, apesar de oriundos do direito natural, não se reduzem a esta imposição, sendo garantidos também pelo legislador constituinte. Guarda, ainda, como conteúdo comum a dignidade da pessoa humana, residindo, neste ponto, a sua “fundamentalidade material”¹³².

A Constituição Federal de 1988 positivou os direitos fundamentais no início de suas disposições, a saber, no Título II. Desse modo, o constituinte demonstrou que a finalidade do Estado é o próprio ser humano, ao passo em que aquele é instrumento para a realização da felicidade deste. Assim, é possível reconhecer um sistema de direitos fundamentais presente no Direito Constitucional brasileiro¹³³.

Com efeito, a partir da previsão expressa do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Assim, celeumas em relação à eficácia dos direitos fundamentais não se dão no plano da eficácia imediata ou não, mas sim em como realizar e tornar efetiva esta aplicação imediata¹³⁴.

Desse modo, vê-se que o legislador constituinte alçou o princípio da individualização da pena ao patamar de direito fundamental, sendo este relevante na preservação da dignidade da pessoa humana, contrapondo o arbítrio estatal¹³⁵. Outrossim, face a

¹³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 163.

¹³¹ *Ibidem*, p.164.

¹³² *Ibidem*, p. 486

¹³³ *Ibidem*, p. 552.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 562.

¹³⁵ MACHADO, Vinícius da Silva. **Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada**. 2009. Dissertação. (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Universidade de Brasília – UNB, Brasília. Orientador: Profa. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Disponível em:

primazia da Constituição na área dos direitos e garantias fundamentais, vê-se que o princípio da individualização da pena situa-se em plano de primeira grandeza, exatamente por influir de maneira tão direta no especialíssimo direito de liberdade do indivíduo¹³⁶.

Destarte, o princípio da individualização reflete o pensamento jurídico-penal do Estado contemporâneo, impondo verdadeiros e necessários limites ao poder de punir, sendo que estes limites se dão de forma segmentada e dividida entre as fases de individualização da pena¹³⁷.

3.3 ETAPAS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares¹³⁸. Primeiramente, o legislador fixará as penas mínima e máximas. Em seguida, quando da prática da infração penal, atua o magistrado, elencando o montante concreto ao condenado. Por fim, o juiz da execução determina o cumprimento da individualização da sanção aplicada¹³⁹.

3.3.1 Individualização Legal da Pena

A pena aplicada ao condenado se individualiza em três dimensões. A primeira delas é a dimensão legislativa, onde se fixa penas proporcionais à importância do bem tutelado e gravidade da ofensa àquele bem jurídico. Além disso, é de suma importância que o legislador estabeleça previsões normativas que vão indicar e permitir a individualização da pena em suas seguintes dimensões.

https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4044/1/2009_ViniciusdaSilvaMachado.pdf. Acesso em 15 nov. 2020. p. 29.

¹³⁶ ARAÚJO, Vicente Leal de. Princípio da Individualização da Pena. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. v.18, n.8, ago. 2008, p. 41.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 27.

¹³⁸ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 52.

¹³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 29.

Considera-se, portanto, que a etapa legislativa é um momento norteador do próprio princípio da individualização da pena, na medida em que o legislador criminaliza uma conduta e, considerando a carestia do bem jurídico tutelado pela normal penal, estipular limites máximos e mínimos para a pena em abstrato. Forçoso relembrar, ademais, que os patamares cominados serão justamente aqueles em que o julgador deverá se basear para dosimetrar a pena durante a etapa judicial da individualização¹⁴⁰.

O Direito Penal, ao ser evocado neste primeiro momento, só pode – ou deve –, se limitar a situações que não podem ser resolvidas por outras searas do Direito. É reconhecer, justamente, o carácter subsidiário da sanção penal para aquelas situações em que se faz necessária a aplicação de uma pena¹⁴¹.

Lembre-se que o legislador não possui uma liberdade infinita para criar novos tipos penais, criminalizando condutas e cominando penas, quer dizer, tipificando e sancionando condutas a seu bel-prazer. Isto porque sua ação política é orientada pela previsão normativa do devido processo legal substancial, conforme previsão do art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal¹⁴², vedando-lhe a edição de leis desarrazoadas¹⁴³.

É de se ter em mente que a lei não consegue conhecer os indivíduos, mas tão apenas conceber espécies. Desse modo, a hipótese de individualização legal, trata acerca dos motivos de atenuação ou de agravamento da pena, com fundamento justamente na maior ou menor gravidade do delito e, por consectário lógico, em determinado grau de responsabilidade, o que pode ser observada como uma falsa individualização¹⁴⁴.

A intervenção da lei possui o fulcro de organizar a individualização da pena no aspecto adequado da palavra. É justamente a previsão de elementos que produzirão uma classificação legal dos indivíduos. Outrossim, a lei não demonstra mais do que bases amplas e elementos de apreciação a serem auferidos, com o devido cuidado,

¹⁴⁰ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 108.

¹⁴¹ *Ibidem*, *Loc. cit.*

¹⁴² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 jun. 2020.

¹⁴³ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 149.

¹⁴⁴ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006, p.185.

pelo magistrado. Destarte, a etapa legislativa não é mais do que a organização, através da lei, da individualização judicial¹⁴⁵.

Assim, o que se encontra na lei, em verdade, são os elementos individualizadores e não a própria individualização. Estes elementos, embora correspondam a um mesmo fato delituoso, determinam consequências distintas, a partir do sujeito e da forma em que se cometeu o delito¹⁴⁶.

3.3.2 Individualização Judicial da Pena

Tendo o legislador apresentado os critérios gerais, surge a segunda dimensão, tratando da individualização judiciária da pena. Esta ocorre quando o magistrado sentenciante, observando as situações especialíssimas daquele caso em concreto, conjuntamente com aqueles fatores previstos na norma penal, fixa a pena aplicável aos casos concretos, dentro de um evidente juízo de discricionariedade.

Delitos, ainda que iguais, jamais serão cometidos de formas idênticas por dois sujeitos distintos em oportunidades distintas. Em ambos os casos haverá inúmeros pormenores, os quais devem ser considerados quando da aplicação da pena dos criminosos.

O juiz sentenciante torna-se responsável por aplicar a justa sanção penal ao criminoso, devendo “fugir” da padronização da pena, prescindindo a figura do magistrado como ser pensante. Neste momento incumbirá ao julgador valorar todas as circunstâncias e causas que integram o fato criminoso e denotam a própria pessoa do acusado, de modo que o increpado seja individualizado no decorrer do processo, principalmente diante da condenação¹⁴⁷.

Neste ponto, veja-se que é justamente na etapa judicial em que a dosimetria da pena, especialmente por meio do método trifásico, serve de lastro à aplicação da sanção individualizada¹⁴⁸.

¹⁴⁵ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006, p. 186

¹⁴⁶ SOUZA, Moacyr Benedicto de. A individualização da pena no Direito Comparado latino-americano. **Revista da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. 59, dez. 1964, p. 228.

¹⁴⁷ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 110.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 111.

É tarefa do julgador, portanto, dosimetrar o *quantum* de pena denota-se mais justo e que atenda aos fins e funções da pena para reprovar a conduta do acusado, sem olvidar-se a condição pessoal do indivíduo a que se destina a sanção penal¹⁴⁹.

Deste modo, o magistrado sentenciante deverá realizar a justa adequação dos elementos biopsíquicos da pessoa humana sentenciada à situação do fato concreto do crime, levando em consideração ainda os motivos e as circunstâncias peculiares àquele fato delituoso objeto da sentença penal¹⁵⁰.

3.3.3 Individualização Administrativa da Pena

Por fim, temos a individualização administrativa ou executória, a qual ocorre justamente no momento do cumprimento da pena, de modo que sejam atendidos os objetivos que se pretendem alcançar com a aplicação de uma sanção penal¹⁵¹.

Acerca desta, Saleilles aduz:

Por mais amplas as classificações de delinquentes que possamos ter e as penas que lhe sejam adaptadas, é impossível que cada grupo não tenha de fazer variedades quase infinitas de diferenças para harmonizar a pena com o temperamento moral de quem a sofre. A individualização judicial só constitui um diagnóstico. É uma classificação individual, feita sobre a realidade; Ou seja, sobre o sujeito real, em vez de sê-lo sobre a individualidade abstrata, que é o caso da individualização legal. Mas, em matéria de tratamento moral, como no caso de terapêutica médica, o diagnóstico não basta; deve-se aplicar o remédio, este varia para cada um. Mas isso, em matéria de penologia, não é assunto de quem pronuncia a pena, mas de quem a aplica. E quem a aplica é a administração penitenciária. É necessário, pois, que a lei deixe certa a iniciativa e a elasticidade na adaptação do regime para que, por sua vez, individualize a aplicação da pena às exigências educativas de cada um. É a individualização administrativa¹⁵².

¹⁴⁹ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 111.

¹⁵⁰ SOUZA, Moacyr Benedicto de. A individualização da pena no Direito Comparado latino-americano. **Revista da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. 59, dez. 1964, p. 229.

¹⁵¹ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 55.

¹⁵² SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006, p. 242.

Nesta etapa, portanto, observa-se o comportamento individualizado do condenado, de modo que seja aferida a sua reabilitação individual, dimensionando o tempo necessário ao seu retorno ao seio social¹⁵³.

Relembre-se que, diante do ordenamento jurídico brasileiro e do atual sistema de execução de penas privativas de liberdade, é certo que o condenado voltará ao convívio social, independente da natureza ou gravidade do crime praticado, justamente pela vedação à possibilidade de exclusão permanente de qualquer pessoa do meio social¹⁵⁴.

Assim, reaproximando o indivíduo da comunidade, de forma gradativa e, ainda, em consonância com o mérito demonstrado na execução da pena (sistema de progressividade) é que se efetiva uma sanção útil e justa¹⁵⁵.

Com efeito, o juiz das execuções, baseando-se nos limites da sentença condenatória, presidindo o processo de execução da pena, deve atender à ideia de programa individualizador, na forma dos artigos 5º e 6º da Lei 7.210/84¹⁵⁶, por meio do tratamento penitenciário. Neste momento, Poder Executivo e Poder Judiciário atuam em conjunto, de modo que as atividades executórias permanecem dentro do âmbito da sentença, dos normativos legais e dos princípios penais¹⁵⁷.

¹⁵³ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 112.

¹⁵⁴ *Ibidem*, *Loc. cit.*

¹⁵⁵ *Ibidem*, *Loc. cit.*

¹⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Lei de Execuções de Penais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 20 jun. 2020.

¹⁵⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 150

4 SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça foi enunciada em 15 de outubro de 1999, dispondo que a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Nesse trilhar, apesar de não se tratar de súmula vinculante, possui aplicação recorrente nos Tribunais pátrios, devendo ser analisados os seus fundamentos e desdobramentos.

4.1 ORIGEM E FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em primeiro plano, incumbe versar acerca do conceito de súmula e suas derivações. O Código de Processo Civil, com aplicação subsidiária ao processo penal, aduz em seu artigo 926, §1º, que “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante¹⁵⁸”.

De mais a mais, o artigo 927, inciso IV, aponta também que “os juízes e os tribunais observarão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional¹⁵⁹”.

Acerca das súmulas e o papel destas no ordenamento jurídico pátrio, Miguel Reale versou:

à medida que nossos tribunais recorrerem à formulação de Súmulas crescerá a responsabilidade dos juristas e advogados no sentido de que elas se convertam em modelos rígidos nem em sucedâneos de normas legais. A Súmula - poder-se-ia dizer numa linguagem figurada - marca o horizonte da compreensão do Direito, em determinado momento da experiência jurídica, mas, como toda linha do horizonte, ela deve se alterar à medida que avançam as conquistas da doutrina, graças à sua

¹⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 nov. 2020.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

interpretação construtiva e renovada dos textos legais, cujo entendimento teórico-prático na Súmula se compendia¹⁶⁰.

Nessa senda, o jurista Lênio Streck, em sua tese de doutoramento, a qual, posteriormente, seria publicada em forma de livro, aduz que as súmulas são justamente um resumo da jurisprudência predominante nos tribunais, denotando a interpretação da maioria dos julgadores acerca das questões decididas, mesmo que, na hipótese, não tenha havido unanimidade¹⁶¹.

Portanto, a Súmula 231 surgiu como a uniformização do entendimento Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação das atenuantes na segunda fase de cálculo da pena, apontando aos aplicadores do direito qual seria o sentido adequado da norma penal. Destarte, premente reconhecer quais foram as etapas percorridas até que o Tribunal da Cidadania emitisse aquele enunciado.

Entre os precedentes que embasaram o entendimento descortinado vê-se o Recurso Especial 7.287/PR¹⁶² como o mais antigo, tendo sido julgado em 16 de abril de 1991. Trata-se de recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, em face de acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná em sede de apelação. Nessa oportunidade, os desembargadores dosaram a pena do réu em patamar inferior ao mínimo legal, com o reconhecimento de atenuante após a aplicação de causa de aumento de pena.

Em seu voto, o Ministro Relator Willian Patterson trouxe à baila o recurso ministerial, denotando, por meio especialmente da doutrina, a impossibilidade de ser estabelecida a pena em patamar inferior ao mínimo legal. Ainda, colacionou julgados oriundos daquela Corte e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os quais, tal entendia o nobre relator, reiteravam o entendimento do *Parquet*.

Ressalte-se, em relação à fundamentação construída pelo Ministro Relator, que as doutrinas adunadas, em verdade, são anteriores à Constituição Federal de 1988, de

¹⁶⁰ REALE, Miguel *apud* STRECK, Lênio Luiz. **Eficácia, poder e função das súmulas no direito brasileiro**. 1995. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Santa Catarina. Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.p. 204.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 205.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 7.287 - PR (1991/0000481-2)**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Sebastião Marques Cano. Relator: Min. William Patterson. Brasília, DJ 06 mai. 1991. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=19910004812&dt_publicacao=06/05/1991. Acesso em 01 nov. 2020.

modo que tratam do sistema trifásico de aplicação da pena sem, por razões lógicas, habituá-lo ao texto constitucional hodierno. Assim, vê-se comprometida atualmente qualquer fundamentação que não ao menos dialogue com os corolários da Constituição Cidadã.

Entendendo, portanto, a hipótese de impossibilidade de aplicação da pena intermediária em patamar inferior ao mínimo legal, a fundamentação se limita ao conceito de que atenuantes não podem levar a pena-base a patamar inferior ao mínimo legal cominado em abstrato sem, ao menos, apontar justificativas constitucionais ou infraconstitucionais para prevalência deste entendimento.

O segundo precedente a ser analisado é o Recurso Especial 15.691/PR¹⁶³, também interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, o qual recorreu em face de acórdão da Terceira Câmara do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná que manteve sentença condenatória que aplicou a pena em patamar inferior ao mínimo legal cominado em abstrato em face do reconhecimento da atenuante da menoridade.

O Ministro Relator Originário Pedro Acioli não conheceu o recurso em face do não cabimento na hipótese, porquanto não atendida nenhuma das hipóteses do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal.

Diante deste cenário, o Ministro Relator Designado Vicente Cernicchiaro proferiu voto vogal dando provimento para fixação da pena no mínimo legal. Nessa oportunidade, versou acerca do princípio da individualização da pena, entendendo que o magistrado estaria limitado à aplicação da pena dentro dos limites da pena cominada, de modo a respeitar as três etapas da individualização da pena. Noutro giro, aduz ainda que o magistrado não poderia ultrapassar os limites cominados sob pena de converter atenuantes em causas de diminuição de pena.

Veja-se, ademais, que o mesmo Ministro relatou outro precedente, qual seja o Recurso Especial 32.344/PR¹⁶⁴, propugnando os mesmos fundamentos e razões,

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 15.691 - PR** (1991/0021212-1). Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Roberto Carlos da Silva e outros. Relator Originário: Min. Pedro Acioli. Relator Designado: Min. Vicente Cernicchiaro. Brasília, DJ 03 mai. 1993. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100212121&dt_publicacao=03/05/1993. Acesso em 01 nov. 2020.

¹⁶⁴ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 32.344 - PR** (1993/0004667-5). Recorrente: Reginaldo Nascimento da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min.

impedindo a aplicação da pena em patamar inferior ao mínimo cominado em abstrato.

Não obstante, apesar dos julgados anteriormente mencionados e proferidos no ano de 1993, em sede do Recurso Especial 68.120/MG¹⁶⁵, vê-se que o Ministro mudou seu entendimento acerca da matéria, apresentando novos argumentos para tanto.

Ao fundamentar o seu voto, acompanhado por unanimidade, arguiu que o direito não se esgota na lei, devendo o intérprete sentir a finalidade da norma. Desse modo, ao juiz que aplica a pena cabível entre as hipóteses cominadas, incumbe reconhecer o princípio da individualização da pena e, por conseguinte, recomendar a sanção compatível ao réu.

Alude ainda que o Legislativo e o Judiciário se complementam, ao passo que incumbe ao legislador o gênero e ao juiz, a espécie. Nessa senda, conclui que a justiça atribui a cada um o que é seu, sendo a pena correta um direito do condenado. Assim, vê-se que, apesar dos fundamentos proferidos nos julgados que serviram como precedentes para enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, o nobre ministro apontou entendimento distinto *a posteriori*, melhor adequando-se aos princípios penais, especialmente o princípio constitucional da individualização da pena.

Outro julgado pertinente e com características distintas foi o Recurso Especial 46.182/DF¹⁶⁶, de relatoria do Ministro Jesus Costa Lima. Na hipótese, o acórdão vergastado manteve sentença que reconheceu atenuante da menoridade e aplicou a pena intermediária em patamar inferior ao mínimo legal cominado em abstrato. Ato contínuo, incidiu causa de aumento de pena que provocou a dilatação da reprimenda até grau superior ao mínimo previsto na lei.

Vicente Cernicchiaro. Brasília, DJ 17 mai. 1993. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199300046675&dt_publicacao=17/05/1993. Acesso em 01 nov. 2020.

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 68.120** - MG (1995/0030036-2). Recorrente: Jacir de Moraes Cardoso. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Vicente Cernicchiaro. Brasília, DJ 09 dez. 1996. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199500300362&dt_publicacao=09/12/1996. Acesso em 15 nov. 2020.

¹⁶⁶ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 46.182** - DF (1994/0008847-7). Brasília, Julgado em 04 mai. 1994. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199400088477&dt_publicacao=16/05/1994. Acesso em 15 nov. 2020.

Veja-se que, na hipótese, a pena definitiva não restou determinada em patamar inferior, mas, em verdade, transpassou por esse patamar durante a dosimetria, especialmente quando da dosagem da pena intermediária. O recurso foi conhecido e a pena recalculada, com fulcro justamente nos argumentos aduzidos anteriormente, diante do impedimento do estabelecimento da pena intermediária em patamar aquém do previsto em abstrato.

O julgado firma, portanto, que não importa a pena definitiva a qual, em tese, é encontrada após o reconhecimento de causas de diminuição e aumento de pena, não sujeita à Teoria das Margens. Em verdade, a limitação se encontra quando da aferição da pena intermediária, a qual não pode ser estabelecida além dos limites legais.

Sobreleva ainda o Recurso Especial 49.500/SP¹⁶⁷, julgado no ano de 1994. Destaca-se o fundamento apresentado, tal qual nos precedentes anteriores, restando compreendido que no direito brasileiro não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal por incidência de circunstância atenuante.

Por fim, tem-se o Recurso Especial 146.056/RS¹⁶⁸, esse julgado no ano de 1997, respectivamente. A fundamentação alude, inicialmente, que a individualização da pena é uma obrigação funcional do magistrado, tratando-se critério jurídico e, simultaneamente, de garantia do réu, conforme previsão do artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal e artigos 381 e 387 do Código de Processo Penal, e também da sociedade, na forma dos mencionados artigos do Códex de Ritos. Assim, não seria possível que a aplicação da pena privativa de liberdade ocorra distante da sistemática legal.

Apointa ainda que desde o Código Penal de 1940 – ou seja, a previsão da Parte Geral antes da Reforma em 1984 – o entendimento, independentemente do método adotado, é de que as agravantes e atenuantes não podem levar a pena a patamar

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 49.500 - SP** (1994/0016622-2). Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Luiz Carlos Bonfatti. Relator: Min. Assis Toledo. Brasília, DJ 15 ago. 1994. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=1994016622&dt_publicacao=15/08/1994. Acesso em 01 nov. 2020.

¹⁶⁸ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 146.056 - RS** (1997/0060498-5). Recorrente: Siham Bowanani. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DJ 10 nov. 1997. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700604985&dt_publicacao=10/11/1997. Acesso em 01 nov. 2020.

fora dos limites legais previstos. Lado outro, apenas as causas de aumento e diminuição de pena seriam dotadas desta possibilidade.

Propugna ainda que os artigos 59, 67 e 68, todos do Código Penal, impõem um critério de fixação da pena privativa de liberdade, qual seja o método trifásico. Desse modo, a sequência deste sistema seria uma evidência dos limites de cada etapa e, caso não o fosse, o sistema seria amplo e indeterminável.

Em sua fundamentação, o Ministro Relator Felix Fischer apresenta quatro aspectos para fundamentar o entendimento acerca da impossibilidade de redução da pena a patamar inferior ao mínimo legal.

O primeiro argumento apontado é justamente a previsão dos artigos mencionados, os quais indicariam justamente a necessidade de respeito aos limites máximo e mínimo postos pelo Código Penal.

Ato contínuo, ainda que se admitisse a redução abaixo do mínimo legal, aduz o Relator que não haveria limites para a redução da pena, quiçá a pena “zero”, o que não se admite no ordenamento jurídico pátrio.

O terceiro argumento, em verdade, é a negação de um argumento defensivo. Isso porque aponta o Relator que alegação de manifesta injustiça na hipótese de um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados a mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, não se trata de argumento idôneo. Isso porque, como apontado pelo Ministro, a aplicação da pena não é produto de competição entre os réus.

Alude que “caso contrário, na participação de somenos (artigo 29, §1º, do Código Penal), aí sim, absurdamente, teríamos, constantemente que aplicar a minorante, 'premiando' o co-réu que tivesse menor participação”.

Por último, diz que a expressão “sempre atenuam”, prevista no artigo 65 do Código Penal, não pode ser literal. Ao ver do Relator, sempre atenuam, desde que a pena base não esteja no mínimo, o que seria, em verdade, a reprovação mínima do tipo. Conclui, ademais, que se as circunstâncias legais positivas sempre atenuam, de modo correlato, as circunstâncias legais negativas sempre agravariam também.

Ressalte-se, ainda, que apesar da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça não possuir caráter vinculante, o entendimento foi chancelado pelo Pleno do Supremo

Tribunal Federal no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 597.720-RS¹⁶⁹, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. Nessa oportunidade, o acórdão restou assim ementado:

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

Ainda, a decisão foi proferida por unanimidade, nos termos do voto do Ministro Relator, o qual fundamentou sua sustentação, em suma, na jurisprudência trintenária do tribunal. Confirmou que as atenuantes genéricas são incapazes de levar a pena até patamar inferior ao mínimo legal, considerando, apenas, que as circunstâncias particulares de cada caso teriam esse condão.

Releva notar, de mais a mais, o tribunal resolveu questão de ordem suscitada pela Ministra Cármen Lúcia, autorizando o Relator a decidir definitiva e monocraticamente pedido de *habeas corpus*, no caso de fixação da pena abaixo do mínimo legal por conta da incidência de circunstância atenuante genérica, na forma do artigo 21 do Regime Interno do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁰.

Destarte, vê-se que as fundamentações acerca da impossibilidade de atenuação da pena a patamar inferior ao mínimo cominado em abstrato se dão no âmbito da interpretação dos dispositivos legais atinentes à dosimetria da pena, interpretando-se que o sistema de aplicação da pena veda a redução da pena intermediária a patamar além daqueles valores cominados em abstrato para o delito em espécie.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 597.270-4/RS**. Recorrente: Marcelo Renato Soares Vaz. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DJ 05 jun. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595601>. Acesso em 15 nov. 2020.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em 15 nov. 2020.

4.2 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desenredando os precedentes que fundamentam o enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, torna-se possível visualizar quais dispositivos legais embasam as decisões que impedem a aplicação da pena em patamar inferior ao mínimo legal cominado em abstrato durante a segunda fase de aplicação da pena.

Desde logo, vê-se que a previsão do artigo 59, inciso II, do Código Penal¹⁷¹, é categoricamente utilizada para fundamentar a restrição aos limites da pena postos em abstrato. Isso porque este dispositivo aduz que, em observância às circunstâncias judiciais, deverá o magistrado estabelecer a pena conforme seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, bem como a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

Vê-se que, em verdade, este artigo remete à previsão do artigo 42, inciso II¹⁷², também do Código Penal, mas revogado com a Reforma da Parte Geral em 1984. Esse dispositivo aludia que cabia ao magistrado fixar, dentro dos limites legais, a quantidade de pena aplicável.

Não obstante, não se pode olvidar que o Código Penal não apresentava, antes da Reforma de 1984, um critério fixo para a aplicação da pena, dando margem à discussão acerca da sistemática ideal para dosimetrar a sanção. Partindo dessa premissa, vê-se a possibilidade de aplicação da previsão do antigo artigo 42, inciso II, a diferentes fases de cálculo da reprimenda.

Assim, em face da opção do legislador pelo sistema trifásico defendido por Nelson Hungria e positivado no artigo 68 do Código Penal, tem-se que a previsão do artigo

¹⁷¹Art. 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: (...) II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (...). *In*: BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 04 nov. 2020.

¹⁷²~~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 conseqüências do crime: (...) II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável. *In*: BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 04 nov. 2020.~~

59, inciso II, do Códex Criminal, servirá apenas à primeira fase de cômputo da pena, na medida em que esse artigo se refere especificamente a essa fase.

O consenso é doutrinário e jurisprudencial acerca do balizamento da pena-base apenas entre os limites máximo e mínimo em análise das circunstâncias judiciais. Dessa forma, quando aplicado o sistema bifásico – o que ocorria antes da positivação do critério trifásico –, e simultaneamente consideradas as circunstâncias judiciais e legais, de fato, irretocável o entendimento sumulado¹⁷³.

Todavia, frente à predileção do legislador ao sistema trifásico e analisadas as circunstâncias legais em momento posterior às circunstâncias judiciais, não é possível subsistir a ideia de comunicação da previsão do artigo 59, inciso II, do Código Penal para o reconhecimento das atenuantes e agravantes na segunda etapa de cálculo da pena¹⁷⁴.

Ainda, a construção do fundamento legal acerca da Súmula 231 perpassa pela previsão do artigo 48, parágrafo único, também antes da Reforma Penal de 1984. Esse artigo previa que se o agente quis participar de crime menos grave, a pena seria diminuída sem a possibilidade de ser inferior ao mínimo daquela cominada em abstrato ao crime cometido¹⁷⁵.

Acerca deste dispositivo, Cezar Bitencourt aponta desde logo que a referida norma disciplinava, em verdade, uma causa especial de diminuição de pena, vedando, todavia, a redução da pena a patamar inferior ao mínimo legal. Desse modo, incumbe notar que nem mesmo a previsão revogada estendia a previsão às circunstâncias atenuantes¹⁷⁶.

Carlos Roberto Lofego Caníbal resume muito bem todos os posicionamentos baseados nos dispositivos acima, assim:

¹⁷³ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 284.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 284.

¹⁷⁵ ~~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 conseqüências do crime: (...) II – fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável. In: BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 04 nov. 2020.~~

¹⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Vol. 1**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1864.

É que estes posicionamentos respeitáveis estão, todos, embasados na orientação doutrinária e jurisprudencial anterior à reforma penal de 1984 que suprimiu o único dispositivo que a vedava, por extensão — e só por extensão — engendrada por orientação hermenêutica, que a atenuação da pena por incidência de atenuante não pudesse vir para aquém do mínimo. Isto é, se está raciocinando com base em direito não mais positivo¹⁷⁷.

De mais a mais, evoca-se também o mandamento do artigo 67 do Código Penal, o qual, ao tratar do concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, infirma que a pena deve aproximar-se do limite indicado.

Outrossim, a previsão em tela também não possui aplicabilidade ampla, de modo que não pode ser capaz de afastar a aplicação da previsão expressa do artigo 65, do mesmo Código, o qual determina peremptoriamente a atenuação da pena sempre que for reconhecida uma atenuante¹⁷⁸.

Destarte, vê-se que o embasamento da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça decorre de jurisprudência e doutrinas anteriores à Constituição Federal de 1988 e também da Reforma do Código Penal de 1984, não havendo, hodiernamente, guarida para os fundamentos apresentados e que culminaram no aludido enunciado.

4.3 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA ACERCA DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia já decidiu tanto pela possibilidade de aplicação da pena intermediária em patamar inferior ao mínimo legal, em face dos princípios da individualização da pena e da legalidade, bem como reconheceu a incidência da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça e correção dos seus fundamentos.

Exemplificando o primeiro posicionamento tem-se a Apelação 0039543-37.2009.8.05.0080¹⁷⁹, de relatoria do Desembargador Eserval Rocha, o qual reconheceu a possibilidade de fixação da pena provisória abaixo do mínimo legal,

¹⁷⁷ CANÍBAL, Carlos Alberto Lofego *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Vol. 1**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1863.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 1867.

¹⁷⁹ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Apelação Criminal nº 0039543-37.2009.8.05.0080**. Primeira Câmara Criminal, Segunda Turma. Relator: Eserval Rocha. Julgado em 08 mai. 2012. Disponível em: <<https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/bf840c27-b0e8-3bd5-8e70-baa55a6b4ea9>>. Acesso em 01 nov. 2020.

ante a existência de atenuante de confissão espontânea (prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal¹⁸⁰) em decorrência do princípio da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.

Oportunamente, o Relator aduziu que embora a pena intermediária tenha sido determinada no patamar mínimo legal, compartilha do entendimento de que deve ser aplicada a atenuante em análise durante a segunda etapa de dosimetria da pena, justamente em atendimento aos princípios constitucionais da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, os quais são norteadores da aplicação da lei em qualquer esfera de competência.

Apresenta ainda a doutrina de Sidio Rosa de Mesquita, apontando que a individualização da pena é justamente de decorrência do princípio da isonomia na medida em que aduz que os desiguais devem ser tratados distintamente, atendendo às medidas das suas diferenças. Noutro turno, menciona Guilherme de Souza Nucci ao tratar da importância dos princípios, os quais devem irradiar por todo sistema jurídico, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, bem como são considerados axiologicamente superiores a outras normas constitucionais que não tenham o mesmo valor.

Assim, entendeu o Relator pela aplicação da atenuante da confissão espontânea, diminuindo a pena-base no patamar de um sexto, orientação predominante tanto no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia como nas demais Cortes do país.

Cumprido salientar, ademais, que em face do acórdão proferido, o Ministério Público do Estado da Bahia interpôs Recurso Especial com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, alegando a violação à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, o aludido recurso não foi conhecido, haja vista que o enunciado azorragado não se enquadra no conceito de lei federal e, de mais a mais, não restou realizado o devido cotejo analítico acerca do dissenso jurisprudencial.

Noutro flanco, releva das decisões proferidas em consonância com a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, o acórdão relativo à Apelação nº 0324350-78.2011.8.05.0001¹⁸¹, relatado pela Desembargadora Soraya Moradillo Pinto.

¹⁸⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 01 nov. 2020.

¹⁸¹ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Apelação Criminal nº 0324350-78.2011.8.05.0001.** Primeira Câmara Criminal, Primeira Turma. Relator: Soraya Moradillo Pinto.

Ressalta a Apelação em questão, sobretudo, em razão do parecer proferido pelo Procurador de Justiça Rômulo de Andrade Moreira, defendendo a necessidade de aplicação da pena intermediária em patamar inferior ao mínimo legal quando reconhecida a presença de atenuante¹⁸². Não obstante, a Relatora votou pelo provimento do recurso ministerial para redimensionar a pena privativa de liberdade.

O Procurador de Justiça aduziu que a atenuante da confissão espontânea foi corretamente aplicada, respeitando o postulado normativo da proporcionalidade, implicando na adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito¹⁸³.

Outrossim, apontou que a incidência de atenuantes remete à individualização da pena, princípio consagrado na Constituição Federal. Nesse sentido, segundo o autor, o *caput* do artigo 65 do Código Penal impõe a aplicação das circunstâncias atenuantes ali indicadas ao afirmar que “sempre” atenuam a pena. Dessa forma, alude ademais que devem ser interpretadas as leis ordinárias em consonância e conformidade com a Constituição Federal e não o contrário.

Além de elencar a doutrina de exímios juristas, entre eles Cezar Bitencourt e Paulo Queiroz, o parecer ainda apontou julgados de outros Tribunais Estaduais reconhecendo a necessidade de aplicação da pena em patamar inferior ao mínimo cominado em abstrato. E, acertadamente, adunou ainda ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça, com acórdão relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, assim:

RESP - PENAL - PENA - INDIVIDUALIZAÇÃO - ATENUANTE – FIXAÇÃO ABAIXO DO MINIMO LEGAL - O PRINCIPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (CONSTITUIÇÃO, ART. 5., XLVI) MATERIALMENTE, SIGNIFICA QUE A SANÇÃO DEVE CORRESPONDER AS CARACTERÍSTICAS DO FATO, DO AGENTE E DA VITIMA, ENFIM, CONSIDERAR TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. A COMINAÇÃO, ESTABELECENDO

Publicado em 20 out. 2015. Disponível em: <<https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/b4c76405-fe77-3ad2-b88c-b6c815e82800>>. Acesso em 01 nov. 2020.

<https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/b4c76405-fe77-3ad2-b88c-b6c815e82800>

¹⁸² BAHIA. Procuradoria de Justiça Criminal do Ministério Público do Estado da Bahia. Parecer. **Parecer nº 3.714/2015**. Elaborado por Rômulo de Andrade Moreira. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-sumula-n-231-do-stj-nao-possui-fundamento-legal-diz-procurador-romulo-de-andrade-moreira-em-parecer>

¹⁸³ *Idem*. Procuradoria de Justiça Criminal do Ministério Público do Estado da Bahia. **Parecer**. Parecer nº 3.714/2015. Elaborado por Rômulo de Andrade Moreira. Disponível em <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-sumula-n-231-do-stj-nao-possui-fundamento-legal-diz-procurador-romulo-de-andrade-moreira-em-parecer>

GRAU MÍNIMO E GRAU MÁXIMO, VISA A ESSE FIM, CONFERINDO AO JUÍZ, CONFORME O CRITÉRIO DO ART. 68, CP, FIXARÁ PENA "IN CONCRETO". A LEI TRABALHA COM O GÊNERO. DA ESPÉCIE, CUIDA O MAGISTRADO. SÓ ASSIM, TER-SE-Á DIREITO DINÂMICO E SENSÍVEL A REALIDADE, IMPOSSÍVEL DE, FORMALMENTE, SER DESCRITA EM TODOS OS PORMENORES. IMPOSIÇÃO AINDA DA JUSTIÇA DO CASO CONCRETO, BUSCANDO REALIZAR O DIREITO JUSTO. NA ESPÉCIE "SUB JUDICE", A "PENA BASE" FOI FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RECONHECIDA, AINDA, A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (CP, ART. 65, III, D). TODAVIA, DESCONSIDERADA PORQUE NÃO PODERÁ SER REDUZIDA. ESSA CONCLUSÃO SIGNIFICARIA DESPREZAR A CIRCUNSTÂNCIA. EM OUTROS TERMOS, NÃO REPERCUTIR NA SANÇÃO APLICADA. OFENSA AO PRINCÍPIO E AO DISPOSTO NO ART. 59, CP, QUE DETERMINA PONDERAR TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME¹⁸⁴.

Destarte, apesar das híidas fundamentações trazidas no parecer ministerial, a Relatora aludiu desde logo que as circunstâncias atenuantes genéricas não integram o tipo penal, bem como não possuem fração de redução expressamente apresentada pelo legislador, de modo que não podem ensejar a dosimetria da sanção penal fora dos parâmetros legais, sob pena do Poder Judiciário subtrair função precipuamente legislativa.

Ainda, remeteu a jurisprudência dos tribunais superiores, bem como registrando que o enunciado não confronta os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita, mormente quando não desconsidera os aspectos objetivos e subjetivos do crime, além de decorrer de uma interpretação teleológica e sistemática dos artigos 59, 67 e 68 do Código Penal. Assim, fixou a pena privativa de liberdade, anteriormente reduzida a patamar inferior ao *quantum* mínimo cominado em abstrato, em seu piso mínimo posto pelo legislador.

Desse modo, premente registrar que, inobstante os posicionamentos isolados acerca da superação do enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, é comum que as decisões confirmem o teor da súmula e, ainda, que justifiquem a sua aplicação justamente com base nas mesmas fundamentações observadas para a construção do enunciado na última década do século passado.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 151.837 - MG** (1997/0073699-7). Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: João Bosco de Carvalho. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, DJ 22 jun. 1998. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199700736997&dt_publicacao=22/06/1998>. Acesso em 15 nov. 2020.

5 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do quanto exposto, vê-se que é necessário analisar o enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça a partir dos princípios e normas constitucionais e, a partir dessa contextura, apontar a constitucionalidade ou não do entendimento sumulado.

5.1 VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA A PARTIR DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

O princípio da individualização da pena, conforme consignado, possui eficácia de direito fundamental, previsto na Constituição Federal, especificamente em seu artigo 5º, inciso XLVI. Serve, outrossim, para que a sanção penal reste coadunada com o fato praticado e com a pessoa do réu.

Nesse sentido, especialmente em sua faceta judicial, implica ao magistrado sentenciante o dever de individualizar a pena ao caso concreto, indicando, ao fim, a pena justa e compatível com o crime e com o condenado.

Outrossim, o magistrado, a fim de dosar a reprimenda, deverá utilizar o método trifásico de cômputo e, em cada uma das etapas, observar a individualização judicial da pena. Nessa senda, a respeito da segunda fase tratar do reconhecimento e aplicação das circunstâncias legais, quais sejam, agravantes e atenuantes, estas deverão ser analisadas e aplicadas à luz do princípio constitucional aludido.

Não obstante, vê-se que diante do enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, vedando a aplicação de atenuante e conseqüente redução da pena a patamar inferior ao mínimo legal, resta obstada a hipótese de se individualizar a pena ao caso concreto, mormente quando reconhecida a presença de uma circunstância atenuante e não realizada a devida atenuação da sanção.

Conforme cediço, em resumo, embasam a construção do entendimento sumulado a interpretação dos artigos 59, 67 e 68 do Código Penal, bem como a ausência de *quantum* determinado de atenuação ou agravamento. Ademais, aduz-se que a

terminologia “sempre atenuam”, presente no artigo 65 do Códex Criminal não pode ser interpretada literalmente, de modo sempre atenuarão a pena-base desde que não esteja no patamar mínimo cominado em abstrato e estatuído pelo legislador como sanção mínima ao delito.

Desde logo, deve-se relembrar que vigora o sistema trifásico de dosimetria da pena e não o bifásico, no qual se tinha a pena-base levando em consideração simultaneamente as circunstâncias judiciais e legais¹⁸⁵. Nesse sentido, havendo a separação entre as três fases, o disposto no artigo 59, inciso II jamais se aplicaria à segunda etapa de cômputo da pena.

Nessa contextura, o quanto aduzido no referido dispositivo deve servir apenas à fase que ele é normatizado, qual seja, a primeira fase em que se analisam as circunstâncias judiciais e se define a pena-base¹⁸⁶.

Euler Jansen, inclusive, segmenta que admitir as restrições legais da primeira fase também na segunda fase deveria autorizar a imposição de limites também na terceira fase, porquanto em relação a esta última também não há qualquer norma que vede a aplicabilidade do inciso II, do artigo 59, também a esta fase¹⁸⁷.

Desse modo, vê-se também que a interpretação do artigo 65 não pode ser em direção contrária a Constituição Federal e aos demais dispositivos da legislação. Isso porque, conforme aludido, não há qualquer dispositivo que vede a aplicação da pena intermediária a patamar inferior ao mínimo legal. Ao revés, há justamente a previsão do artigo 65 que alude que as circunstâncias atenuantes genéricas sempre atenuam¹⁸⁸.

Sobre esta celeuma, Bitencourt assevera que no seguinte:

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),

¹⁸⁵ SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 284.

¹⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Vol. 1**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1867.

¹⁸⁷ JANSEN, Euler. **Manual de sentença criminal [recurso eletrônico]**. 1. ed. João Pessoa: Edição do autor, 2014, p. 116.

¹⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2020, p. 1867.

peremptoriamente, a diminuição 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), somente para evitar nulidade, mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal. Seria igualmente desabonador fixar a pena-base acima do mínimo legal, ao contrário do que as circunstâncias judiciais estão a recomendar, somente para simular, na segunda fase, o reconhecimento de atenuante, previamente conhecida do julgador. Não é, convenhamos, uma operação moralmente recomendável, beirando a falsidade ideológica¹⁸⁹.

Desse modo, vê-se que manter os vacilantes fundamentos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça é desprezar o princípio constitucional da individualização da pena e, por conseguinte, aplicar ao Direito Penal uma interpretação desamparada dos normativos constitucionais.

A Constituição é, em verdade, o *topos* hermenêutico que guarda em si interpretação jurídica do restante do sistema jurídico. Nessa senda, os princípios, enquanto valores fundamentais, regem a própria Constituição, o regime e a ordem jurídica. Assim, devem aqueles ser considerados pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio¹⁹⁰.

Nesse ínterim, a transgressão de um princípio denota maior gravidade do que a violação de uma regra jurídica, representando, portanto, de modo que traspasar um princípio constitucional denota a própria ruptura da Constituição Federal¹⁹¹.

O texto constitucional é dirigente e vinculativo e, assim, as normas infraconstitucionais devem passar pelo processo de contaminação constitucional para terem validade. Destarte, ao juiz cabe escolher os significados válidos da lei, quais sejam aqueles compatíveis com normas substanciais e com direitos fundamentais¹⁹².

Portanto, vê-se que ao interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional em dissonância com o princípio constitucional da individualização da pena, o Superior Tribunal de Justiça rompeu com a Constituição Federal, enunciando súmula inconstitucional.

¹⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Vol. 1**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1867.

¹⁹⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 215/216.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 216-217.

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi *apud* *Ibidem*, *Loc. cit.*

Noutro turno, apesar de não ser o escopo do presente trabalho, é possível aduzir que a interpretação que descumpra o mandamento previsto no artigo 65 do Código Penal – sempre atenuam – viola “não apenas o princípio da individualização da pena (tanto no plano legislativo como judicial) como também o princípio da legalidade estrita”¹⁹³.

Não custa apontar, de mais a mais, que outros ordenamentos admitem a aplicação de atenuantes ainda que a pena esteja em seu mínimo legal. O Direito Penal Italiano, por exemplo, aponta interessante forma de aplicação das circunstâncias atenuantes e agravantes.

Apesar de adotar um critério bifásico de aplicação da pena, as circunstâncias legais são mantidas na segunda fase de cômputo da reprimenda, sendo aplicadas a partir de uma pena-base conferida. Ainda, quando a lei não especifica o *quantum* de aumento ou diminuição, leva-se em consideração o máximo de um terço e o mínimo de um dia¹⁹⁴. Assim, vê-se que, diante do sistema bifásico, as circunstâncias legais possuem mais proximidade as causas de aumento e diminuição de pena do que as circunstâncias judiciais.

No caso da incidência de agravantes, a pena privativa de liberdade não ultrapassará 30 anos de reclusão. Noutro turno, havendo concurso de agravantes, essas não poderão ensejar a elevação acima do triplo do máximo da pena cominada em abstrato para aquele delito¹⁹⁵.

Diante do reconhecimento de atenuante, tratando-se de prisão perpétua, a sanção não pode ser levada a patamar inferior a 20 a 24 anos quando reconhecida apenas uma atenuante. Noutro giro, havendo concurso de atenuantes, não pode ser a pena inferior a 10 anos¹⁹⁶.

Em outras espécies de prisão, a aplicação de uma só atenuante não pode reduzir a pena a patamar inferior a um terço do mínimo e, havendo concurso de atenuantes, estas não podem transferir a pena para quantidade inferior a um quarto do mínimo

¹⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Vol. 1**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1863.

¹⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82.

¹⁹⁵ *Ibidem*, *Loc. cit.*

¹⁹⁶ *Ibidem*, *Loc. cit.*

cominado em abstrato.¹⁹⁷ Vê-se, neste caso, justamente uma tentativa de individualizar a pena ao caso concreto, de modo que se aproxime de uma sanção justa.

5.2 SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

Conforme aludido, a fundamentação da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça se deu especialmente em atenção e a partir de entendimento e interpretações anteriores a Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, premente reconhecer a necessidade de superar o enunciado que veda a aplicação da pena em patamar inferior ao mínimo legal.

Relembre-se que a súmula demonstra a jurisprudência consolidada de um tribunal, reunindo em seu enunciado a tese firmada em diversos julgados anteriores. De mais a mais, entende-se por jurisprudência a reiteração de precedentes¹⁹⁸.

O precedente, em seu *sentido lato*, é decisão judicial a partir de um caso concreto cujo elemento normativo aplicado ao caso poderá servir como diretriz para futuros julgamentos de casos semelhantes. Noutra giro, em sentido estrito, precedente será entendido como a própria *ratio decidendi* da decisão judicial¹⁹⁹.

Releva notar que o precedente será dividido entre as circunstâncias do fato que embasam a controvérsia, tese ou princípio jurídico assentado na motivação – o que se chama de *ratio decidendi* – da decisão e argumentação jurídica em torno da questão²⁰⁰.

Assim, essa *ratio decidendi*, enquanto parte do precedente, possui caráter obrigatório e persuasivo. Trata-se, portanto, dos fundamentos que amparam a

¹⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82.

¹⁹⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil – vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 500.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 455.

²⁰⁰ *Ibidem*, *Loc. cit.*

decisão, de modo que, sem estes, aquele precedente não teria se dado da forma em que o foi²⁰¹.

Os precedentes judiciais tornam-se cada vez mais relevantes no ordenamento jurídico brasileiro, diante da influência do *common law*, do uso da teoria dos precedentes e também pela uniformização jurisprudencial. A legislação, logicamente, continua como principal fonte do direito, mas cedendo cada vez mais espaço ao uso dos precedentes²⁰².

Desse modo, dentro do sistema de precedentes, é possível observar uma gradação que inicia-se justamente com o próprio precedente e, por conseguinte, com a *ratio decidendi* das decisões judiciais. Criados os precedentes, quando reiterados, formarão uma jurisprudência dominante. Destarte, quando a jurisprudência predomina em determinado tribunal, poderá ser editado um enunciado de súmula²⁰³.

Decorre do próprio sistema de precedentes a lógica do *stare decisis*, qual seja a manutenção do que restou decidido. Vê-se como essencial para a “estabilidade, harmonia e consistência do direito costumeiro”²⁰⁴.

Diante do exposto, premente reconhecer que para que seja determinada súmula superada, inicia-se o caminho através da superação dos próprios precedentes que criaram a jurisprudência do tribunal e, por conseguinte, a *ratio decidendi* que restou reproduzida no enunciado de súmula²⁰⁵.

Assim, vê-se como a principal técnica apta a oferecer um dinamismo na aplicação de precedentes aquela denominada de superação de precedentes ou *overruling*, a qual consiste na alteração de um entendimento anterior sobre o mesmo objeto que esta novamente em julgamento²⁰⁶, desde que verificadas minuciosa motivação e

²⁰¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil – vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 456.

²⁰² PIMENTEL, Fabiano. **Provas, procedimentos e recursos criminais**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 407.

²⁰³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, 2016, p. 500.

²⁰⁴ PIMENTEL, Fabiano. *Op. cit.*, 2020, p. 438.

²⁰⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, 2016, p. 501.

²⁰⁶ PEIXOTO, Ravi. A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo, vol. 3, jun./nov. 2016, p. 4. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.07.PDF>. Acesso em 15 nov. 2020.

argumentos que exponham a necessidade de superação do precedente²⁰⁷. Nas palavras de Fredie Didier Jr., ocorre quando “um precedente perde sua força e é substituído (overruled) por outro precedente”²⁰⁸.

Sobre o *overruling*, premente salientar desde logo a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Direito Processual Penal quando não há previsão acerca de matéria. Além disso, a teoria do precedente judicial não é tema exclusivo do Processo Civil, mas sim da Teoria Geral do Direito²⁰⁹.

Nessa senda, apesar da Lei 19.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime, ter incluído o §2º no artigo 315 do Código de Processo Penal²¹⁰, não tratou do procedimento acerca da técnica de superação de precedente, avaliando apenas a sua existência²¹¹.

É de se dizer ainda que, ao revés do que se extrai em uma breve análise do sistema de precedentes, a existência dessa técnica e sua utilidade, desde que aplicada com a devida cautela, promove justamente o fortalecimento do sistema de precedentes e vinculação de futuras decisões, haja vista que demonstra que, de fato, existem precedentes obrigatórios, mas que, concomitantemente, a evolução do direito não está impossibilitada²¹². Nesse ínterim, “garante a evolução do Direito e a qualidade das decisões”²¹³. Através do seu uso o ordenamento é flexibilizado e abandona-se precedente que se demonstra ultrapassado ou injusto²¹⁴.

Saliente-se que a teoria dos precedentes aplicada ao direito brasileiro objetiva a segurança jurídica e equidade por meio da previsibilidade das decisões judiciais, embora aquela tentativa não gere o engessamento dos próprios entendimentos,

²⁰⁷ PIMENTEL, Fabiano. **Provas, procedimentos e recursos criminais**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 478.

²⁰⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, 2016, p. 507.

²⁰⁹ PIMENTEL, Fabiano. *Op. cit.*, 2020, p. 408.

²¹⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 15 nov. 2020.

²¹¹ OLIVEIRA, Rafael Morais A. de. **Distinguishing e overruling como forma de defesa no processo penal: você sabe o que é?**. Canal Ciências Criminais. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/distinguishing-e-overruling-como-forma-de-defesa-no-processo-penal/>>. Acesso em 15 nov. 2020.

²¹² FIGUEIREDO, Judah Henrique Pinheiro de; VIEIRA, Lyvio Moizés Vasconcelos. Mecanismo de superação de precedentes como garantia da segurança jurídica sem a perda da evolução do direito. **Revista Vertentes do Direito**, vol. 06, n. 1, 2019, p. 92.

²¹³ PIMENTEL, *Op. cit.*, 2020, p. 456.

²¹⁴ *Ibidem*, *Loc. cit.*

justamente por conta da existência da técnica aludida e de outros instrumentos apresentados no Código de Processo Civil²¹⁵.

A superação dos precedentes pode se dar de forma explícita ou implícita. Cabe ressaltar, todavia, que a adoção da forma implícita costuma carregar vários problemas, não sendo, inclusive, admitida no ordenamento jurídico brasileiro²¹⁶⁻²¹⁷.

A superação tácita ou implícita (*implied overruling*) se dá quando uma nova orientação é dada em divergência com a posição anterior, não ocorrendo, todavia, a expressa substituição do posicionamento superado. A sua inadmissão decorre da exigência de fundamentação adequada e específica para que se supere determinada orientação jurisprudencial anterior, na forma do artigo 927, §4º, do Código de Processo Civil²¹⁸⁻²¹⁹.

Dessa forma, tem-se na superação explícita (*express overruling*) a hipótese em que um tribunal expressamente adota uma nova orientação, descartando aquela anterior²²⁰. A técnica de superação de precedentes adotada no ordenamento jurídico pátrio está prevista no artigo 927, §§ 2º a 4º do Código de Processo Civil²²¹.

De mais a mais, no Brasil, o *overruling* possui duas formas de ocorrência, quais sejam, difusa ou concentrada. Aquele realizado difusamente pode ocorrer no bojo de qualquer processo, na medida em que ao chegar ao tribunal, será superado o entendimento anterior, permitindo que qualquer pessoa possa participar para a revisão de um entendimento jurisprudencial²²².

Noutro giro, a modalidade concentrada ocorre por meio de procedimento autônomo justamente para que seja revisado um entendimento já consolidado, ocorrendo especificamente no pedido de revisão ou cancelamento de súmula vinculante –

²¹⁵ FIGUEIREDO, Judah Henrique Pinheiro de; VIEIRA, Lyvio Moizés Vasconcelos. *Op. cit.*, 2019, p. 105.

²¹⁶ PEIXOTO, Ravi. A superação de precedentes (*overruling*) no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo, vol. 3, jun./nov. 2016, p. 4.

²¹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil – vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 508.

²¹⁸ *Ibidem*, *Loc. cit.*

²¹⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 nov. 2020.

²²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, 2016, p. 508.

²²¹ BRASIL. *Op. cit.*, 2015.

²²² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, 2016, p. 510.

artigo 3º da Lei 11.417/06 – e no pedido de revisão da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no artigo 986 do Código de Processo Civil²²³.

O *overruling* deverá estar devidamente fundamentado, sendo a fundamentação adequada e específica, com o fulcro de positivar os princípios da proteção da confiança e da isonomia. Assim, a motivação deve contar com argumentos até então não suscitados e a justificação da necessidade de superação do precedente²²⁴.

A fundamentação, inclusive, deve ser robusta justamente porque a regra do *stare decisis* é que as decisões sejam tomadas a partir do que já foi decidido, mantendo a segurança jurídica e a convicção de que julgamentos assemelhados terão tratamento jurídico único²²⁵.

Celso de Albuquerque Silva, em sua tese de doutoramento, apresentou as hipóteses mais comuns de superação de precedente, quais sejam: (I) precedente “obsoleto e desfigurado”; (II) quando o precedente é “absolutamente injusto e/ou incorreto” ou; (III) quando verificar-se a impossibilidade de sua execução na prática²²⁶.

Assim, diante do enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, é possível aduzir que este, além de obsoleto, é absolutamente incorreto, mormente quando – corretamente – interpretado e analisado à luz da Constituição Federal e do princípio constitucional da individualização da pena.

Presentes os requisitos necessários à aplicação da superação de precedente, especificamente em sua faceta expressa, vê-se a possibilidade e necessidade de superação do enunciado debatido.

Não obstante, premente também a análise da eficácia temporal da revogação do precedente. Forçoso reconhecer que, diante da superação de enunciado prejudicial ao réu, é necessária a compreensão acerca da eficácia temporal do novo precedente.

²²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil – vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 510. *Ibidem*, *Loc. cit.*

²²⁴ *Ibidem*, *Loc. cit.*

²²⁵ PIMENTEL, Fabiano. **Provas, procedimentos e recursos criminais**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 442.

²²⁶ SILVA, Celso Albuquerque *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, 2016, p. 511.

O *overruling* pode ser quanto à sua eficácia, de efeitos *ex tunc* – efeito retrospectivo –, *ex nunc* – de efeito prospectivo –, ou antecipado. Este último possui variação de acordo com os princípios da segurança jurídica e da isonomia, desvelando-se na figura do *antecipatory overruling*, o qual não se trata efetivamente de uma revogação, mas sim “uma demonstração da iminente alteração do precedente pelos tribunais inferiores, os quais deixam de utilizá-lo”²²⁷.

O novo entendimento a ser aplicado será estendido aos casos semelhantes ao originário. Nesse sentido, deve ser entregue ao jurisdicionado a segurança de que as condutas praticadas “com base em precedente, jurisprudência consolidada ou súmula não será objeto de qualificação jurídica diferente daquela até então predominante”²²⁸. Assim, admite-se a modulação da eficácia da nova norma judicial oriunda da superação do precedente, seja jurisprudencial ou sumulada, para que se tutele o interesse social e a segurança jurídica, na forma do artigo 927, §3º, do Código de Processo Civil^{229_230}.

A regra no Direito Processual Civil é que não se tenha a eficácia retroativa quando da superação de um precedente já consolidado, observando-se as lógicas do *stare decisis*. Nessa senda, vê-se o *overruling prospectivo*, dotado de eficácia *ex nunc*. Para seja possível o reconhecimento do *retrospective overruling*, premente que o precedente não esteja consolidado. Não obstante, esse posicionamento não deve ser adotado no Processo Penal quando a superação do precedente foi mais benéfica para o réu²³¹, respeitando-se os princípios constitucionais penais e processuais penais.

Nesse cenário, o primeiro desafio para a aplicação retroativa é o princípio da confiança. Isso porque a alteração do precedente “não pode atingir o jurisdicionado,

²²⁷ PIMENTEL, Fabiano. **Provas, procedimentos e recursos criminais**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 482.

²²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil – vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 512.

²²⁹ *Ibidem*, *Loc. cit.*

²³⁰ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. *In*: BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 nov. 2020.

²³¹ PIMENTEL, Fabiano. *Loc. cit.*, 2020, p. 482.

se ainda gerava, no seio social, a confiança coletiva”²³². Noutra giro, tem-se a proteção constitucional à coisa julgada também como barreira para a aplicação pura do *retrospective overruling*²³³.

Todavia, em matéria penal, a coisa julgada admite relativização, sobretudo quando se analisa a possibilidade de concessão da liberdade ao acusado. Desse modo, o Direito Processual Penal, diante das suas especificidades, não poderá ser tratado tal qual o Direito Processual Civil²³⁴.

Com isso, percebe-se que, diante dos fundamentos e condições necessários para a aplicação do *overruling*, a sua ocorrência pode se dar com efeitos *ex tunc*, retroagindo em favor do réu.

²³² PIMENTEL, Fabiano. **Provas, procedimentos e recursos criminais**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 497.

²³³ *Ibidem*, p. 498

²³⁴ *Ibidem*, *Loc. cit.*

6 CONCLUSÃO

Diante do estudo produzido é possível concluir que a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça é inconstitucional, haja vista que o legislador previu que as circunstâncias atenuantes sempre atenuam, bem como não apresentou qualquer dispositivo que vede a aplicação da pena intermediária em patamar inferior ao mínimo legal cominado em abstrato. Desse modo, o princípio constitucional da individualização da pena resta violado, haja vista a impossibilidade do magistrado de aplicar a sanção penal de acordo com o caso concreto.

Extraí-se que a Reforma Penal de 1984 confirmou o método trifásico de Nelson Hungria, apresentado as fases e análises a serem praticadas pelo magistrado até a prolação da sanção penal. Restou consolidado, portanto, que primeiro o juiz sentenciante observa as circunstâncias judiciais, decidindo a pena-base. Em seguida, passa a reconhecer as circunstâncias legais, culminando na pena intermediária. Por fim, aplica as causas de aumento ou diminuição de pena, chegando à sanção definitiva do apenado.

Nesse sentido, diante da Reforma da Parte Geral e também da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça, em face de inúmeros precedentes, sumulou o entendimento acerca da impossibilidade de redução da pena intermediária a patamar inferior ao mínimo legal cominado em abstrato.

Os fundamentos do enunciado versam acerca da previsão dos artigos 59, 67 e 68 do Código Penal, bem como pela ausência de patamares específicos de atenuação ou agravação da pena. De mais a mais, sustenta-se que a discricionariedade do magistrado seria sobrelevada, além do fato de que a previsão “sempre atenuam” do artigo 65 também do Códex Criminal teria limitação justamente na pena mínima cominada em abstrato.

Não obstante, forçoso reconhecer que nenhum desses fundamentos possui guarida constitucional, mormente quando, em antagonismo ao princípio da individualização da pena, impedem que o juiz sentenciante profira a pena justa e individualizada.

O princípio da individualização da pena surge com o fulcro de impor limites ao poder de punir, influenciando diretamente na liberdade do indivíduo. Deve o magistrado, portanto, fixar a pena de modo que esteja seja proporcional e apropriada para o seu fim. Todavia, a impossibilidade de aplicação de circunstância legal atenuante

reconhecida afasta o juiz sentenciante da adequada individualização da pena e viola a garantia constitucional inerente ao réu.

De mais a mais, os dispositivos aludidos devem ser interpretados a luz da constituição, principalmente do princípio aqui detalhado. Nessa senda, é inviável que se limite a atenuação da pena somente quando reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis e exasperada a pena-base, haja vista que as circunstâncias atenuantes foram previstas pelo legislador com o fulcro de sempre atenuar a pena daqueles que se adequam a hipótese legal.

Não é de se afirmar, ainda, que a aplicação da pena abaixo do mínimo legal durante a segunda fase subtrai do legislador o seu poder de individualizar a pena legalmente. Ao revés, o reconhecimento e aplicação das atenuantes previstas pelo próprio poder legislativo reafirmam o quanto proposto no ordenamento jurídico brasileiro.

O entendimento de que em nenhum momento histórico foi possível a atenuação da pena a patamar inferior ao mínimo legal é desarrazoado, na medida em que o Direito é mutável e, diante dos normativos postos no Código Penal e na Constituição Federal, a interpretação adequada resguarda os direitos do acusado e denota a necessidade de aplicação da sanção penal justa e individualizada.

Assim, reconhecendo que a *ratio decidendi* dos precedentes é contrária a Constituição Federal, premente a superação desses precedentes e, por conseguinte, da jurisprudência sumulada.

Vê-se que, diante da existência de súmula, é consenso que a jurisprudência está pacificada, devendo esta ser seguida pelos tribunais inferiores. Não obstante, é necessário que instrumentos sejam utilizados para atualizar e melhorar os julgados e interpretações anteriormente proferidos e, por repetição, estabilizados.

Desse modo, utilizando-se da técnica de superação de precedente, com construção de fundamentos e argumentos robustos, é possível que o Tribunal reconheça a irrazoabilidade do enunciado a ser superado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Vicente Leal de. Princípio da Individualização da Pena. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. v.18, n.8, ago. 2008.

ARRUDA, Ana Luiza Gardiman. A pena e a moral do ressentimento em Nietzsche. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 10, n.2º, jul./dez.2016.

BAHIA. Procuradoria de Justiça Criminal do Ministério Público do Estado da Bahia. Parecer. **Parecer nº 3.714/2015**. Elaborado por Rômulo de Andrade Moreira. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-sumula-n-231-do-stj-nao-possui-fundamento-legal-diz-procurador-romulo-de-andrade-moreira-em-parecer>. Acesso em: 01 nov. 2020.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Apelação Criminal nº 0039543-37.2009.8.05.0080**. Primeira Câmara Criminal, Segunda Turma. Relator: Eserval Rocha. Julgado em 08 mai. 2012. Disponível em: <<https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/bf840c27-b0e8-3bd5-8e70-baa55a6b4ea9>>. Acesso em 01 nov. 2020.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Apelação Criminal nº 0324350-78.2011.8.05.0001**. Primeira Câmara Criminal, Primeira Turma. Relator: Soraya Moradillo Pinto. Publicado em 20 out. 2015. Disponível em: <<https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/b4c76405-fe77-3ad2-b88c-b6c815e82800>>. Acesso em 01 nov. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Vol. 1**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed., rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpresao.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de Outubro de 1941**. Lei de Contravenções Penais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 11.343, de 23 de Agosto de 2006.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei de 16 de Dezembro de 1830.** Código Criminal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984.** Lei de Execuções de Penais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 20 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 33.697/MS.** Impetrante: Rosemar Henrique Lara. Impetrado: Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Paulo Medina. Brasília, DJ 01 ago. 2006. Disponível em:
[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%2733697%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%2733697%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%2733697%27)+ou+(%27HC%27+adj+%2733697%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.358.116 - RN** (2012/0253631-0). Recorrente: Germano Jácome Patriota. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DJ 10 out. 2016. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1535923&num_registro=201202536310&data=20161010&formato=PDF. Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 146.056 - RS** (1997/0060498-5). Recorrente: Siham Bowanani. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DJ 10 nov. 1997. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700604985&dt_publicacao=10/11/1997. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 15.691 - PR** (1991/0021212-1). Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Roberto Carlos da Silva e outros. Relator Originário: Min. Pedro Acioli. Relator Designado: Min. Vicente Cernicchiaro. Brasília, DJ 03 mai. 1993. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100212121&dt_publicacao=03/05/1993. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 151.837 - MG** (1997/0073699-7). Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: João Bosco de Carvalho. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, DJ 22 jun. 1998. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199700736997&dt_publicacao=22/06/1998>. Acesso em 15 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 32.344 - PR** (1993/0004667-5). Recorrente: Reginaldo Nascimento da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Vicente Cernicchiaro. Brasília, DJ 17 mai. 1993. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199300046675&dt_publicacao=17/05/1993. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 46.182 - DF** (1994/0008847-7). Brasília, Julgado em 04 mai. 1994. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199400088477&dt_publicacao=16/05/1994. Acesso em 15 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 49.500 - SP** (1994/0016622-2). Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Luiz Carlos Bonfatti. Relator: Min. Assis Toledo. Brasília, DJ 15 ago. 1994. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199400166222&dt_publicacao=15/08/1994. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 68.120 - MG** (1995/0030036-2). Recorrente: Jacir de Moraes Cardoso. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Vicente Cernicchiaro. Brasília, DJ 09 dez. 1996. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199500300362&dt_publicacao=09/12/1996. Acesso em 15 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 7.287 - PR** (1991/0000481-2). Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Sebastião Marques Cano. Relator: Min. William Patterson. Brasília, DJ 06 mai. 1991. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100004812&dt_publicacao=06/05/1991. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 822.831/RS**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: Cristiano Guilherme Claser dos Santos e Juliano dos Boita. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DJ 01 ago. 2006. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clap.+e+@num=%27822831%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27822831%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clap.+e+@num=%27822831%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27822831%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 69392/SP**. Impetrante: José Rodrigues. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DJ 12 mar. 1993. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur75224/false>. Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 70.883/SP**. Impetrante: José de Souza da Silva. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 24 jun. 1994. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur74639/false>. Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 70327/SP**. Recorrente: Impetrante: Edgard Alberto Monteiro. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DJ 24 jun. 1994. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur74968/false>. Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 85673/PA**. Impetrante: Ney Gonçalves de Mendonça Júnior. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DJ 24 jun. 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur11217/false>. Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 597.270-4/RS**. Recorrente: Marcelo Renato Soarez Vaz. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DJ 05 jun. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595601>. Acesso em 15 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em 15 nov. 2020.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CIRIGLIANO FILHO, Raphael. A nova disciplina legal das penas restritivas de direitos. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 2, n.7, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil – vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Judah Henrique Pinheiro de; VIEIRA, Lyvio Moizés Vasconcelos. Mecanismo de superação de precedentes como garantia da segurança jurídica sem a perda da evolução do direito. **Revista Vertentes do Direito**, vol. 06, n. 1, 2019.

GOMES, Luiz Flavio. **Funções da pena no direito penal brasileiro**. Jus. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/8334/funcoes-da-pena-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em 20 jun. 2020.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas. O sistema penal em questão**. 1. ed. Niterói: Luam, 1993.

JANSEN, Euler. **Manual de sentença criminal [recurso eletrônico]**. 1. ed. João Pessoa: Edição do autor, 2014.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 1. ed. Bauru: Edipro, 2003.

KIFFER, Wallace Pandolpho. **O princípio constitucional da individualização das penas privativas de liberdade aplicado aos condenados por tráfico de drogas no Espírito Santo**. 2001. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis. Orientador: Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/81786/181955.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 15 nov. 2020.

LOZANO, Carlos Blanco *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Vinícius da Silva. **Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada**. 2009. Dissertação. (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Universidade de Brasília – UNB, Brasília. Orientador: Profa. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4044/1/2009_ViniciusdaSilvaMachado.pdf. Acesso em 15 nov. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120) – vol. 1**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MELO, Rodrigo Drumond. **Raiz quadrada da norma penal em branco**. Monografia (Pós-Graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Morais A. de. **Distinguishing e overruling como forma de defesa no processo penal: você sabe o que é?**. Canal Ciências Criminais. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/distinguishing-e-overruling-como-forma-de-defesa-no-processo-penal/>>. Acesso em 15 nov. 2020.

PEIXOTO, Ravi. A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo, vol. 3, jun./nov. 2016, p. 4. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.07.PDF>. Acesso em 15 nov. 2020.

PEIXOTO, Ravi. A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo, vol. 3, jun./nov. 2016.

PIMENTEL, Fabiano. **Provas, procedimentos e recursos criminais**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

REALE, Miguel *apud* STRECK, Lênio Luiz. **Eficácia, poder e função das súmulas no direito brasileiro**. 1995. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Santa Catarina. Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Dinâmica histórica da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil: análise crítica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 117, nov-dez 2015.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General – Tomo 1 – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. 1. ed. Madri: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais do direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1997.

SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

SOUZA, Moacyr Benedicto de. A individualização da pena no Direito Comparado latino-americano. **Revista da Universidade de São Paulo**. São Paulo, vol. 59, dez. 1964.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VERGARA, Pedro. **Das Penas Principais e sua Aplicação**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Boffoni, 1948.

VON LIZST, Franz. **Tratado de Direito Penal alemão – Vol. I**. Brasília: Senado Federal, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.