

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

ALINE CASSIA BOZZA

**ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

FLORIANÓPOLIS

2014

ALINE CASSIA BOZZA

**ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Monografia submetida ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
para obtenção do Título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Alexandre Morais da Rosa, Ph. D.

FLORIANÓPOLIS

2014



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “Análise sobre a constitucionalidade da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça”, elaborada pela acadêmica Aline Cassia Bozza defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (Dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como, pela Res. CNE/CES/09/2004.

Florianópolis, 30/06/2014.


Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa


Aline Gostinski


Msc. Fernando de Castro Faria

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família pela força inesgotável que sempre me proporcionou em todos os momentos. Tenho certeza que é em cada um deles que encontro toda a coragem, incentivo e os melhores exemplos de honestidade, perseverança e vitória.

Agradeço a todos os Professores do Centro de Ciências Jurídicas pelo conhecimento compartilhado. Em especial, agradeço ao Professor Alexandre pela orientação no presente trabalho.

Agradeço aos amigos e colegas conquistados durante todo esse tempo, pela amizade, companheirismo e dedicação.

Por fim, agradeço a Deus, que sempre iluminou meu caminho.

RESUMO

A Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça – STJ determina que as circunstâncias atenuantes, que são apreciadas na segunda fase da dosimetria, não podem levar a pena para baixo do mínimo cominado ao crime. Esse entendimento é aplicado diariamente pela jurisprudência, e parte da doutrina também entende dessa forma. Alguns autores que entendem de forma contrária, afirmam que tal proibição partiu de um equívoco entre o ultrapassado método bifásico e o atual método trifásico de aplicação da pena, isso porque no método bifásico, as atenuantes e agravantes eram analisadas na primeira fase da dosimetria, e por isso não tinham o poder de levar a pena para baixo do mínimo. Porém, ao aplicar o que dita a referida Súmula, deixa-se de analisar características pessoais do acusado, bem como do delito praticado. Além disso, o entendimento despendido por essa súmula vai em desencontro com o princípio da legalidade, uma vez que não há no ordenamento tal proibição. Ainda, os princípios da individualização da pena, da culpabilidade e proporcionalidade também ficam esquecidos. A legislação infraconstitucional é que deve se adequar a Constituição e não o contrário. Desta forma, todas as normas devem ser interpretadas de acordo com o que essa dispõe. Observou-se aqui que o disposto por essa Súmula está em desacordo com a ordem constitucional atual.

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

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1 A PENA DE PRISÃO | 8 |
| 1.2 Finalidade do Direito Penal e da pena..... | 8 |
| 1.2.1 Teoria absolutista | 9 |
| 1.2.2 Teoria relativa | 10 |
| 1.2.3 Teoria mista..... | 10 |
| 1.3 Cálculo da pena..... | 11 |
| 1.3.1 Circunstâncias judiciais..... | 11 |
| 1.3.2 Circunstâncias agravantes e atenuantes..... | 17 |
| 1.3.3 Causas de aumento e diminuição | 26 |
| 2 A INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL E OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A APLICAÇÃO DA PENA..... | 27 |
| 2.1 A interpretação da Lei Penal | 27 |
| 2.1.1 Interpretação autêntica, jurisprudencial e doutrinária | 28 |
| 2.1.2 Interpretação gramatical, histórica lógica e sistemática | 29 |
| 2.1.3 Interpretação declarativa, extensiva e restritiva | 31 |
| 2.1.4 Analogia | 32 |
| 2.2 Princípios que regem a aplicação da pena..... | 33 |
| 2.2.1 Princípio da legalidade | 34 |
| 2.2.2 Princípio da Individualização da pena..... | 36 |
| 2.2.3 Princípio da culpabilidade..... | 38 |
| 2.2.4 Princípio da proporcionalidade | 39 |
| 3. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ | 40 |
| CONCLUSÃO | 55 |
| REFERÊNCIAS | 57 |

INTRODUÇÃO

Atualmente o Código Penal adota o sistema trifásico para dosimetria da pena. Neste sistema, dentro do que preceitua o art. 68, o magistrado na primeira fase irá fixar a pena base a partir das circunstâncias judiciais listadas no art. 59, em seguida, na segunda fase, analisará as circunstâncias atenuantes e agravantes e, na terceira as causas de aumento e diminuição.

No ano de 1999, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 231, a qual preceitua que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. A partir de então, a maior parte da doutrina e jurisprudência considera que, quando da primeira fase se obtém como resultado o mínimo legal, se na segunda fase houver alguma circunstância atenuante, essa não poderá ser aplicada em respeito à Súmula.

Assim, buscou-se aqui realizar uma leitura constitucional sobre o tema, à luz dos princípios da legalidade, culpabilidade, individualização da pena e proporcionalidade.

O primeiro capítulo trará uma breve exposição sobre o Direito Penal e sua finalidade e analisará as três fases da dosimetria da pena. No segundo capítulo, será exposto alguns critérios utilizados para interpretação da lei de modo geral, bem como alguns princípios referentes à aplicação da pena. Por fim, no terceiro capítulo, serão analisados os julgados que serviram de precedentes a edição dessa Súmula.

Com a finalidade de demonstrar as questões aqui apresentadas e outras, o presente trabalho foi elaborado com uso do método indutivo a partir dos julgados que ensejaram a edição da Súmula 231 do STJ, bem como a partir de ensinamentos doutrinários e pesquisa jurisprudencial.

1 A PENA DE PRISÃO

1.2 Finalidade do Direito Penal e da pena

O Direito Penal é um dos mecanismos utilizados para o controle social formal, cujo objeto, os crimes e as contravenções, são tidos como os mais pesados ataques aos bens jurídicos tutelados pelo Estado. Possui como fins a prevenção e a repressão, cuja eficácia é sempre questionada; seus meios, as penas e medidas de segurança são os instrumentos de controle social mais severos aos indivíduos, pois atingem a liberdade das pessoas, quando não alcançam suas próprias vidas (“pena de morte”), nos países que admitem¹.

Apresenta-se, como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções. Traz ainda um conjunto de valorações e princípios que orientam a aplicação e interpretação dessas normas penais².

Possui como finalidade a defesa dos bens mais importantes para a sociedade. Assim, a intenção principal é atuar na proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade³.

No mesmo sentido, aliás, Nilo Batista afirma que "a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena". Após concluir que:

Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de ‘missão secreta’ do direito penal⁴.

Greco registra que os bens defendidos pelo Direito Penal, por possuírem valor muito grande, sob o ponto de vista político, não econômico, não conseguem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito. O autor prossegue afirmando

¹ LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito Penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, (versão digital)

² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34

³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47

⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 116

que a escolha é política porque reflete a evolução da sociedade, e nesse sentido assevera que “bens anteriormente tidos como fundamentais podem agora, ou no futuro não mais o serem”⁵.

A pena seria o instrumento utilizado pelo Direito Penal para a proteção desses bens. Capez aduz que o Direito penal disciplina ainda as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação⁶.

Cabe ao legislador a escolha dos bens fundamentais que deverão ser protegidos pelo Direito Penal. Sua primeira fonte de pesquisa será a Constituição Federal e seus valores inerentes como liberdade, igualdade, segurança, bem estar social. Além de propiciar orientação ao legislador na produção das normas, a Constituição Federal também serve como mecanismo de controle para evitar a violação de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados.

Nesse sentido assevera André Copetti apud Greco:

É nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender-se o direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade.⁷

A pena, por sua vez tem finalidade: retributiva, preventiva geral e especial e reeducativa ou ressocializadora.

As principais teorias que tentam justificar a pena são as teorias absolutistas, relativas e mistas.

1.2.1 Teoria absolutista – pena com finalidade retributiva

Parte da concepção de que a pena deve ser aplicada ao transgressor da norma como forma de compensar o delito que praticou. A pena é entendida como um mecanismo necessário para reparar a violação feita pelo condenado, sendo a sanção puramente aplicada para realizar um ideal de justiça.

⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 2

⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

⁷ CRECO, Op. cit., p. 4

Possui como principais defensores Emmanuel Kant e Georg Wilhelm Hegel.

Para Kant, citado por Prado “a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência”⁸.

A concepção de pena dissociada de um fim, e com caráter unicamente retributivo é incompatível com a conjuntura constitucional atual. No entanto, essa teoria, dentro de uma compreensão moderna, apresenta a ideia de proporcionalidade.

Neste sentido, Luiz Regis Prado mostra que

A ideia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva. Logo, essa concepção moderna não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento limite da pena, que deve ser proporcional a magnitude do injusto e da culpabilidade⁹.

1.2.2 Teoria relativa – pena com finalidade preventiva

Para essa teoria, a pena se justifica como uma forma de evitar novas infrações e é vista como um meio de proteção de determinados interesses sociais. Assim, a pena se impõe com o objetivo de que o infrator não volte a delinquir¹⁰.

A prevenção divide-se em geral negativa, entendida como aquela utilizada para afastar do indivíduo a ideia de prática de crime e geral positiva, que teria como objetivo uma reafirmação da validade e eficiência do ordenamento jurídico. Ainda há a divisão em especial negativa que objetiva a não reincidência e a especial positiva que é ligada a ressocialização.

1.2.3 Teoria mista – finalidade retributiva e preventiva

Também chamada de ecléticas intermediária ou conciliatória. Para essa teoria a pena tem a função de retribuir e prevenir.

⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6 ed: São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2006, p. 525

⁹ Idem, p. 526-527

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e alternativas**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121

Essa é a teoria adotada pelo Direito Penal brasileiro. Pode ser vista no art. 59 do Código Penal “O juiz atendendo à culpabilidade [...], estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente a reprovação e prevenção do crime [...], ainda no art. 1ª da Lei de Execuções Penais “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e propiciar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado”.

1.3 Cálculo da pena

O Código Penal de 1940 adotou o sistema trifásico para o cálculo da pena. Nesse sistema segundo art. 68, o magistrado ao aplicar a pena, deverá de acordo com as circunstâncias do crime e do agente, aplicar a pena base, em seguida as atenuantes e agravantes e por último as causas de diminuição e aumento.

Segundo Greco, para que o juiz possa com precisão individualizar a pena do agente que praticou a infração penal, deverá observar o critério trifásico determinado pelo caput do art. 68 do Código Penal ¹¹.

A pena deverá ser calculada de forma a individualizar o transgressor da norma, e sempre deve ser acompanhada de fundamentação.

1.3.1 Circunstâncias judiciais

As circunstâncias judiciais estão elencadas no art. 59 do Código Penal, com a seguinte redação

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

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 de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível¹².

¹¹ GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009

¹² BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014.

Queiroz afirma que para fixar a pena base o juiz levará em consideração as diversas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, sendo algumas de caráter subjetivo como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, personalidade do réu e os motivos do crime, e de caráter objetivo as circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima ¹³.

Greco assevera que ao analisar as circunstâncias judiciais, não pode o juiz se referir a elas de forma genérica ou superficial, deve, assim, valorar uma a uma de forma individual, pois o réu ou a acusação necessitam entender quais foram os motivos que o levaram a fixar determinada pena base ¹⁴.

Para Bitencourt uma sentença que não contenha fundamentação ou análise das circunstâncias judiciais ou essa seja deficiente será passível de nulidade absoluta. Prossegue o referido autor fazendo a observação de que se todas as operadores do art. 59 são favoráveis, a pena tende a ficar em seu patamar mínimo; ao se deparar com algumas circunstâncias desfavoráveis, a pena base deve então ser afastada do mínimo; já se o conjunto for desfavorável a pena deve ficar no termo médio ¹⁵.

Ao final da análise das circunstâncias judiciais teremos a pena base “que seria aplicada caso não existissem circunstâncias atenuantes ou agravantes ou causas de aumento ou de diminuição” ¹⁶.

São circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal:

1. Culpabilidade:

García-Pablos citado por Queiroz traz o ensinamento de que “o princípio da culpabilidade funciona como limite ao poder de punir não só à determinação dos pressupostos da pena, mas também quanto a sua individualização judicial”. Assim, a pena deve ser adequada à culpa do autor, deve ser limitada a isso, “por mais que seja

¹³ QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 336

¹⁴ GRECO, op. cit., p. 550

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 768

¹⁶ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 63

necessária no caso concreto, por motivos de prevenção geral ou especial, a aplicação da pena mais severa”¹⁷.

Ainda entende Queiroz que o juiz “a tomará em consideração para efeito de aferição do grau de culpa do réu, vale dizer a considerará para fixar uma reprimenda compatível com o grau de reprovabilidade”¹⁸.

Portanto, será analisado aqui o grau de reprovabilidade da infração praticada, o comportamento do agente, o grau de exigibilidade de conduta diversa. Há ainda quem defenda que a intensidade do dolo também deve ser avaliada.

Neste sentido, Bitencourt entende que

O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal — na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação — pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura.¹⁹

Entendimento contrário tem Queiroz que assevera “sendo o dolo requisito dos tipos dolosos [...] considerá-lo para efeito de majorar ou atenuar a pena constitui *bis in idem*, até porque, frequentemente, a maior intensidade do dolo já figura como agravante genérica, causa de aumento de pena ou qualificadora [...]”²⁰.

2. Antecedentes

Essa circunstância está relacionada à vida pregressa do agente. Aqui deve ser apreciado apenas os atos praticados e não levados em conta para efeitos de reincidência. Para Greco em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado²¹.

Ainda, somente decisões transitadas em julgado podem ser objeto de análise para valorar essa circunstância. Nessa mesma linha vêm os ensinamentos de Bitencourt:

Com efeito, sob o império de uma nova ordem constitucional, e “constitucionalizando o Direito Penal”, somente podem ser valoradas como “maus antecedentes” decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento,

¹⁷ QUEIROZ, op. cit., p. 343

¹⁸ Idem

¹⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 758

²⁰ QUEIROZ, op. cit., p. 343

²¹ GRECO, op. cit., p. 554

mesmo em fase recursal, não podem ser valorados como maus antecedentes. Convém destacar, ademais, a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos “maus antecedentes”, adotando-se o parâmetro previsto para os “efeitos da reincidência” fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia²².

Sobre o tema, aliás, foi acertadamente editada no ano de 2010 a Súmula 444 do STJ, a qual dispõe que “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

3. Conduta social

Para Marinho e Freitas a conduta social “reflete a opinião que as pessoas que convivem com o apenado têm a respeito dele, espelhando o modo pelo qual ele está inserido nas comunidades nas quais atua”²³.

É a postura do acusado perante a sociedade. Busca analisar seu comportamento, que poderá ou não ter influenciado no cometimento da infração penal.

Para Greco a conduta social não pode ser confundida com os antecedentes penais, pois essa busca ver como o agente se comporta em sociedade. Assim, deve-se afastar daqui seu histórico criminal²⁴.

4. Personalidade do agente

Para análise dessa circunstância judicial, deve ser considerado o conjunto de características pessoais do indivíduo. Bitencourt entende que são as “qualidades morais e sociais do indivíduo”²⁵.

Greco aduz que a análise da personalidade deveria ser feita por profissionais experientes na área, como psicólogos ou psiquiatras, acredita que o julgador não possui capacidade técnica para realizar esse tipo de aferição. Assim, entende que essa circunstância não deve ser levada em consideração²⁶.

²² BITENCOURT, op. cit., p. 759

²³ MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 529

²⁴ GRECO, op. cit., p. 555

²⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 760

²⁶ GRECO, op. cit., p. 556

5. Motivos

Composto pelas razões que levaram o acusado a cometer a infração penal. Se os motivos fizerem parte do tipo penal, não pode o magistrado considerá-los também como circunstância judicial.

Para Queiroz, são “as razões próximas e remotas que levaram o agente a praticar o delito”. Afirma ainda que determinados motivos são mais reprováveis, como o cometimento de crime por inveja, ambição desmedida, e contrariamente “são menos censuráveis os crimes que tenham uma motivação nobre, como a defesa da própria honra injustamente ofendida [...]”²⁷. Claro que tais motivos não podem ser considerados quando fizerem parte do tipo penal, ou constituírem agravante, atenuante, causa de aumento e diminuição, sob pena de ocorrer *bis in idem*.

Para Magalhães Noronha o motivo “é a razão pela qual a vontade se determina e tem o condão de transformar um delito execrável em tolerado”²⁸.

6. Circunstâncias

Bitencourt assevera que são formadas pelos meios utilizados pelo autor do delito, bem como objetos empregados, tempo, lugar, forma de execução e natureza da ação efetuada²⁹.

Alberto Silva Franco citado por Greco esclarece que

Circunstâncias são elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem sobre a quantidade punitiva para efeito de agravá-la ou abrandá-la. As circunstâncias apontadas em lei são as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) que estão enumeradas nos arts. 61, 62 e 65 da PG/84 e são de cogente incidência. As circunstâncias inominadas são as circunstâncias judiciais a que se refere o art. 59 da PG/84 e, apesar de não especificadas em nenhum texto legal, podem, de acordo com uma avaliação discricionária do juiz, acarretar um aumento ou uma diminuição de pena. Entre tais circunstâncias, podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre o autor e vítima, a atitude assumida pelo delinquente no decorrer da realização do fato criminoso etc³⁰.

²⁷ QUEIROZ, op. cit., p. 346-347

²⁸ NORONHA, Edgard Magalhães Noronha. **Direito Penal: Introdução e parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 253

²⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 761

³⁰ GRECO, op. cit., p. 557

7. Consequências do crime

Conjunto de efeitos provocados pelo crime sobre a vítima, sua família ou a sociedade.

Para Marinho e Freitas devem ser consideradas aqui aquelas consequências que extrapolaram “o resultado incluído no tipo incriminador”³¹.

Nas palavras de Nucci, as consequências

Constituem um mal causado pelo crime, transcendendo o resultado típico. É lógico que num homicídio, por exemplo, a consequência natural é a morte de alguém e, em decorrência disso, uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. Diferentemente, um viúvo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado, pois trata-se de uma consequência não natural do delito³².

8. Comportamento da vítima

Será aferido aqui se a vítima teve alguma atitude que contribuiu para a execução do crime. Esse comportamento, de acordo com Bitencourt, embora não justifique o crime, nem isente de pena pode diminuir a censurabilidade do comportamento delituoso³³. Queiroz, também entende essa circunstância judicial como “a forma como a conduta da vítima pôde favorecer ou motivar a atuação criminoso do agente”³⁴.

É a partir das circunstâncias judiciais que a pena base é fixada. Deve essa situar-se entre mínimo e máximo cominado a determinada conduta conforme dispõe o artigo 59, inciso II do Código Penal. O ponto de partida da pena base é o mínimo legal e o magistrado deve fundamentar cada fator, haja vista que o réu tem o direito de saber as razões pelas quais o juiz graduou determinada pena, conforme artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, o qual prevê que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”³⁵.

³¹ MARINHO; FREITAS, op. cit., p. 533

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 439.

³³ BITENCOURT, op. cit., p. 762

³⁴ QUEIROZ, op. cit., p. 348

³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Código/Civilivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 abril. 2014.

1.3.2 Circunstâncias agravantes e atenuantes

Após análise das circunstâncias judiciais do art. 59, serão consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos art. 61, 62, 65 e 66 do CP. O valor referente ao aumento ou diminuição como não previsto em lei, deve ficar a critério do magistrado.

Bitencourt citado por Greco assevera, sobre o cálculo das agravantes e atenuantes:

o Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-a à discricionariedade do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena, que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes)³⁶.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, também entende predominantemente que cada circunstância agravante ou atenuante deve ser fixada em um sexto. Segue julgado nesse sentido:

[...] “Não obstante inexistir na legislação penal qualquer indicação específica da fração a ser agregada ou reduzida da pena frente à constatação de circunstâncias legais e agravantes e/ou atenuantes, a orientação predominante deste egrégio Tribunal de Justiça é no sentido de adotar-se, no cálculo, a quantia de 1/6 (um sexto), a incidir sobre cada circunstância”. (TJSC - Apelação Criminal 2010.082786-1, Rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 21/06/2011).

Está disposto nos artigos 61 e 62 o rol taxativo das agravantes genéricas, não se admitindo analogia *in malam partem*, já as atenuantes, apesar de detalhadas no art. 65, são previstas em um rol exemplificativo, conforme se constata no art. 66 "a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei". Assim sendo, para Masson as circunstâncias relevantes e favoráveis ao réu, podem, de acordo com a discricionariedade do magistrado atenuar a pena, sejam essas circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime. Prossegue ainda no sentido de que as “agravantes e atenuantes

³⁶ GRECO, op. cit., p. 560

genéricas são de aplicação compulsória pelo magistrado, que não pode deixar de levá-las em conta, quando presentes, na dosimetria da pena”³⁷.

Cumprido retomar que, da mesma forma como ocorre na análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, as agravantes somente serão utilizadas se não forem elementos do tipo penal, ou servirem de causa de aumento de pena, conforme ressalvado no caput do art. 61 do Código Penal “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime”³⁸.

1. Circunstâncias agravantes:

Estão dispostas nos artigos 61 e 62 do Código Penal, com a seguinte redação:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

Agravantes no caso de concurso de pessoas

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa³⁹.

³⁷ MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 542.

³⁸ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2014.

³⁹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2014.

Constata-se reincidência quando o agente comete novo crime após condenação com trânsito em julgado. Essa não ocorrerá se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a realização no novo crime houver transcorrido período de tempo superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64 do Código Penal.

O motivo fútil é caracterizado como desproporcional a gravidade do fato, é o agente que comete delito por uma causa muito pequena. Nucci não concorda que o magistrado possa enquadrar a ausência de motivo como motivo fútil, pois, acredita que todo o crime tem uma motivação, e o fato dessa ser desconhecida jamais poderia encaixá-la como motivo fútil⁴⁰. Torpe é o motivo que causa repugnância na sociedade.

Agrava a pena, ainda, quando o delito é cometido para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. Essa agravante demonstra a reprovabilidade dada aquele que, comete crimes com o intuito de proporcionar vantagens ao crime praticado.

Entende Nucci que a traição existe quando o delito é cometido sem que a vítima perceba. Pode ser dividida em material (objetiva) que seria a atitude de golpear alguém pelas costas, e moral (subjetiva) quando age enganando a vítima, escondendo a intenção criminosa⁴¹. Emboscada caracteriza-se quando o agente aguarda a vítima passar para atacá-la, também conhecida como tocaia. Dissimulação pode ser vista quando a vítima é acometida de surpresa, porque o agente escondeu sua intenção ilícita. Pode ainda existir interpretação analógica agravando a pena qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.

O emprego de veneno é o elemento que alcança a vítima sem que ela perceba. A tortura e asfixia são meios que provocam sofrimento além do necessário para a realização do crime. Já o emprego de fogo ou explosivo além de serem meios cruéis, produzem perigo comum a outras pessoas.

Nos crimes cometidos contra cônjuge, ascendente ou descendente deverá constar nos autos a prova do parentesco, não importando se esse seja natural ou fruto de adoção.

O agravamento da pena no delito cometido com abuso de autoridade pressupõe alguma dependência da vítima em relação ao agente (tutor – tutelado; curador –

⁴⁰ NUCCI, op. cit., p. 442-443.

⁴¹ NUCCI, op. cit., p. 445

curatelado). Quanto às relações domésticas, o crime é praticado aproveitando-se das relações familiares existentes. Coabitação é morar em lugar comum, diversamente da hospitalidade que seria uma situação passageira ou momentânea, como as visitas.

A violência contra mulher está disciplinada na Lei 11.340/2006 com a seguinte redação:

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”⁴².

É considerada circunstância agravante ainda, o agente que pratica delito com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício (servidores públicos), ministério (ligado a atividades religiosas) ou profissão.

Com intuito de defender os vulneráveis agrava-se o crime cometido contra criança que, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, possui menos de 12 anos; ainda contra maiores de 60 anos, enfermos e mulheres grávidas.

Demonstra desrespeito perante autoridades o agente que pratica crime contra vítima que estava sob imediata proteção da autoridade, sendo que esse fato não foi suficiente para inibir sua conduta. Aníbal Bruno apud GRECO aduz "o que se ofende não é só o bem jurídico do indivíduo, mas o respeito à autoridade que o tem sob sua imediata proteção e cresce ainda a reprovação do fato pela audácia do agente a pertinácia com que leva adiante o seu desígnio criminoso, apesar da situação particular de garantia em que se encontra a sua vítima”⁴³.

Cometer crime na ocorrência de incêndio, naufrágio inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido será considerada agravante, pois o agente aproveita-se de uma situação de vulnerabilidade da vítima.

⁴² BRASIL. **Lei n. 11.340 de 07 de ago de 2006.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 19 abr. 2014.

⁴³ GRECO, op. cit., p. 567

O estado de embriaguez preordenada, entendida essa como embriaguez voluntária, também agravam o crime. Segundo Nucci

A finalidade de maior punição é abranger pessoas que, em estado de sobriedade, não teriam agido criminosamente, bem como evitar que o agente se coloque, de propósito, em estado de inimputabilidade, podendo dele valer-se mais tarde para buscar uma exclusão de culpabilidade⁴⁴.

Há, ainda, as circunstâncias agravantes praticadas em concurso de pessoas, previstas no art. 62 do Código Penal. Desta forma, a pena do chefe da organização criminosa será agravada, pois é dele que parte o comando do grupo. Ainda, quem coage (obriga), induz (da ideia) também terão a pena agravada.

Ainda, o agente que por aproveitar-se de sua situação de autoridade ou por saber que determinada pessoa não será punida, e assim, age de forma a instigar (acende a ideia já existente) ou determinar (ordenar) a realização de crime, também terá sua pena agravada.

Por fim, quem executa o crime ou nele participa mediante paga ou promessa de recompensa também terá sua pena agravada, pois conforme Greco demonstra a completa insensibilidade, a cupidez, a ausência de princípios morais básicos do agente. Tais hipóteses configuram o chamado motivo torpe, conceituado por Hungria como "o motivo que mais vivamente ofende a moralidade média ou o sentimento ético-social comum [...]"⁴⁵.

2. Circunstâncias atenuantes:

Podem ser entendidas como circunstâncias objetivas ou subjetivas, de aplicação obrigatória, que buscam expressar menor culpabilidade do agente no crime, e, portanto atenuar a pena.

Discute-se a possibilidade da incidência de uma circunstância atenuante quando o magistrado fixou, na primeira fase, a pena base no limite mínimo cominado ao crime. Esse assunto, será melhor explorado no terceiro capítulo, o qual analisará todos os julgados que serviram de base para edição da Súmula 231 do STJ que proíbe tal incidência.

⁴⁴ NUCCI, op. cit., p. 451

⁴⁵ GRECO, op. cit., p. 570

O rol disposto no art. 65 do Código Penal não é taxativo, pois o art. 66 do mesmo diploma diz que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”⁴⁶.

São as circunstâncias atenuantes:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei⁴⁷.

Na primeira atenuante elencada pelo art. 65, buscou o legislador atender de modo especial aqueles menores de 21 anos na data do fato e os que possuem mais de 70 anos na data da sentença. Os primeiros porque estão saindo da adolescência e entrando na fase adulta e ainda não estão completamente amadurecidos e os segundos por já estarem em idade avançada, sendo que a pena abreviaria suas vidas⁴⁸.

Segundo Nucci, é entendimento preponderante na doutrina e jurisprudência que a atenuante da menoridade deve preferir a qualquer agravante. Porém, acredita que após o Código Civil de 2002, apesar dessa atenuante ainda ser levada em consideração, não deve mais ser considerada a mais relevante. Explica esse entendimento nos seguintes termos:

Atualmente, continua sendo a principal das atenuantes, por tradição, entendendo-se que o menor, nessa idade, ainda não se encontra totalmente amadurecido, merecendo a benevolência do juiz no momento da fixação da pena. Para a maioria da doutrina e da jurisprudência, deve ela sobrepor-se a qualquer agravante, inclusive a reincidência. [...].

Entretanto, pensamos não mais ser possível considerar a atenuante da menoridade como preponderante. Antes do Código Civil, o menor de 21 anos

⁴⁶ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 mai. 2014

⁴⁷ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 mai. 2014

⁴⁸ GRECO, op. cit., p. 571

era relativamente incapaz, o que não mais acontece. Assim, levamos em consideração a atenuante, no campo penal, mas não podemos certificá-la como a mais importante do rol do art. 65⁴⁹.

A ideia de que a circunstância atenuante da menoridade é preponderante e deve ser compensada até com a reincidência faz parte inclusive do entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conforme julgado a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] DOSIMETRIA. CONCURSO ENTRE AGRAVANTE E ATENUANTE. MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU QUE NÃO CONSIDEROU A ATENUANTE DA MENORIDADE PREPONDERANTE SOBRE A REINCIDÊNCIA. AJUSTE DA PENA, DE OFÍCIO, QUE SE IMPÕE. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.009081-3, de Tijucas, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 18-03-2014).

Extrai-se ainda do corpo do acórdão:

Como se sabe, é entendimento majoritário da jurisprudência de que, havendo duas circunstâncias preponderantes previstas no artigo 67 do Código Penal, a atenuante da menoridade prepondera sobre qualquer outra. Orienta o Superior Tribunal de Justiça: [...] 2. A atenuante da menoridade relativa prepondera sobre qualquer outra circunstância, inclusive sobre a reincidência, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior. 3. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para redimensionar a pena do Paciente, nos termos do voto (HC 267.361, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz - j. 13.8.13). Também: [...] 2. Conforme pacífico entendimento desta Corte, a atenuante da menoridade também é preponderante, devendo ser compensada, in casu, com a agravante da reincidência (HC 175174, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura - j. 23.4.13)⁵⁰.

A benesse relativa à idade do agente pode ser vista outras vezes como no cálculo da prescrição, art. 115 do Código Penal, o qual reduz o tempo de prescrição do crime caso o acusado na data do fato possua menos de 21 anos ou mais de 70 anos na data da sentença. Também na concessão de sursis art. 77, § 2º do Código Penal, para aqueles que possuam mais de 70 anos.

Novamente, Nucci, agora finalizando aduz que, como o menor de 21 anos comete o delito por sua condição imatura, merecendo a atenuação da pena, os que possuem mais de 70 anos podem “fazê-lo premido pelo abalo psíquico que a velhice pode trazer. Ambos merecem maior condescendência do juiz ao aplicar-lhes a sanção penal, justamente para que tenham melhores condições de ressocialização”⁵¹.

⁴⁹ NUCCI, op. cit., p. 548-549

⁵⁰ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. (Segunda Câmara Criminal). Apelação Criminal n. 2014.009081-3, de Tijucas. Relator: Sérgio Rizelo. Florianópolis, 18 de março de 2014. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000QXKA0000&nuSeqProcessoMv=27&tipoDocumento=D&nuDocumento=6639783>>. Acesso em: 05 mai. 2014.

⁵¹ GRECO, op. cit., p. 460

O desconhecimento da lei, apesar de inescusável e não afastar a possibilidade de punição, também é causa de diminuição de pena.

Sobre o tema, Fernando Galvão da Rocha apud Greco nos traz o ensinamento de que

o fato concreto do desconhecimento da lei não admite graduações; ou o agente conhece a lei ou a desconhece. No entanto, o juiz deve utilizar-se de critérios seguros para mensurar a quantidade da redução de pena decorrente da aplicação da atenuante e realizar a dosimetria da reprimenda. Sendo o desconhecimento da lei circunstância atenuante da pena, afigura-se justo que a redução da reprimenda guarde relação com a maior ou menor influência que o desconhecimento da lei exerceu sobre a configuração da vontade delitiva. Quanto maior a influência do desconhecimento da lei, maior a redução de pena⁵².

Não faltam justificações para a existência dessa atenuante, pois com um ordenamento composto por uma quantidade enorme de leis como é o brasileiro, com constantes modificações, revogações, fica difícil o conhecimento exato de seu significado por parte de todos os cidadãos.

O delito cometido com motivo de relevante valor social ou moral também atenua a pena. Por valor social entendem-se aqueles interesses da sociedade, coletivos, públicos. Já valor moral é o interesse subjetivo do agente, de ordem pessoal, que geralmente refletem os padrões e valores do meio em que vive.

O agente que tenta minorar ou evitar por sua vontade as consequências do crime ou repara o dano antes do julgamento também merece a incidência da atenuante. Nessa situação o agente apenas tenta minorar as consequências do crime, diferentemente do arrependimento eficaz, em que o acusado evita sua consumação. Quando se fala em reparar o dano antes do julgamento, essa atenuante também não pode ser confundida com o arrependimento posterior, pois esse deve ser feito até o recebimento da denúncia ou queixa.

Ensina Capez que a coação resistível, da mesma forma que a obediência de ordem manifestamente ilegal, apesar de não isentarem a responsabilidade penal são atenuantes genéricas. A coação física, por sua vez, exclui a conduta, tornando o fato atípico, já a coação moral irresistível exclui a culpabilidade, isentando de pena. Se o agente estiver sob o domínio de violenta emoção, pode caracterizar causa de diminuição

⁵² GRECO, op. cit., p. 572.

de pena, mas se estiver apenas sob mera influência haverá a incidência da atenuante, e não do privilégio⁵³.

A confissão espontânea perante autoridade, também é circunstância que atenua a pena. Segundo Greco poderá o agente, inclusive confessar o crime simplesmente com o intuito de atenuar sua pena⁵⁴. Nucci, afirma que para a confissão valer como meio de prova, ela precisa ser voluntária, e não pode estar sob influência de qualquer coação⁵⁵.

Por fim, há atenuante do delito cometido em meio à multidão em tumulto que não tenha sido por ele praticado, isso porque pode o agente ser influenciado pelo grupo. Jair Leonardo Lopes apud Greco "na multidão em tumulto o comportamento do indivíduo deixa de ser o próprio para ser aquele da própria multidão"⁵⁶.

Nas circunstâncias atenuantes inominadas do art. 66 do Código Penal, ficou claro que as atenuantes do art. 65 são apenas exemplificativas. Assim, segundo Nucci "pode o juiz considerar o fato de que o ambiente no qual o agente cresceu e se desenvolveu psicologicamente o influenciou no cometimento do delito" ou ainda "pode, também, acreditar no seu sincero arrependimento, mesmo que, no caso concreto, em virtude de sua condição pessoal, não tenha tido possibilidades, como diz a alínea *b*, do art. 65 do Código Penal, de logo após o crime evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou mesmo reparar o dano"⁵⁷.

No concurso de circunstâncias atenuantes e agravantes ordena o art. 67 do Código Penal que "a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência"⁵⁸.

Assim, segundo Greco, motivos determinantes podem ser considerados aqueles que impulsionam o agente a cometer o delito, como motivo fútil, torpe de relevante valor social ou moral. Já sobre a personalidade, considera-se a atenuante da idade (menor de 21 na data do fato ou possuir mais de 70 na data da sentença). Aduz ainda que no concurso de agravantes e atenuantes, prevalecerá a circunstância preponderante.

⁵³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (versão digital)

⁵⁴ GRECO, op. cit., p. 574

⁵⁵ NUCCI, op. cit., p. 463

⁵⁶ GRECO, op. cit., p. 575

⁵⁷ NUCCI, op. cit., p. 575

⁵⁸ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 mai. 2014

Havendo agravantes e atenuantes de igual valor, a pena não será diminuída e nem aumentada nessa segunda fase de dosimetria ⁵⁹.

Como ponderado anteriormente, a menoridade é considerada pela maior parte da doutrina e jurisprudência, circunstância preponderante sobre as demais.

1.3.3 Causas de aumento e diminuição

Diferentemente das circunstâncias atenuantes e agravantes que estão previstas na parte geral do código, que não tem seu valor redução ou aumento determinado pela lei, sendo então estipuladas pelo magistrado, as causas de aumento e diminuição estão previstas na parte geral e especial do Código Penal, e seus valores estão sempre fixados pela lei.

Nessa terceira e última fase de dosimetria da pena é pacífico o entendimento de que a pena pode ficar abaixo do mínimo. No concurso de causas de aumento ou de diminuição prescreve o art. 68, parágrafo único do Código Penal que “pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua” ⁶⁰.

De acordo com Nucci, todas as causas de aumento e diminuição previstas na parte geral devem ser aplicadas, não havendo possibilidade de compensação. Já as previstas na parte especial, podem concorrer entre si, sendo que na ocorrência de duas ou mais causas de aumento ou de diminuição, o juiz pode aplicar a mais ampla delas ou todas. Desta forma, afirma que há três posições sobre a aplicação dos aumentos e diminuições: O primeiro considera que todas as causas de aumento devem incidir sobre a pena base; o segundo traz a ideia de que todas as causas incidem umas sobre as outras; já o terceiro entende que as causas de aumento incidem sobre a pena extraída da segunda fase da dosimetria, e as de diminuição incidem umas sobre as outras. Por fim, afirma ser majoritário a adoção da segunda posição, pois acredita que assim a pena zero

⁵⁹ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 171.

⁶⁰ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 mai. 2014

é evitada e ainda considera um método uniforme para aumentar ou diminuir a pena igualmente ⁶¹.

Queiroz, por sua vez, divide em dois métodos de incidência de causas de aumento ou diminuição. O método sucessivo, também chamado de cumulado ou em cascata no qual cada causa de aumento ou diminuição deve incidir sobre a operação anteriormente realizada, e o método isolado em que cada causa incide diretamente sobre a pena provisória. O Código Penal não declara qual método deve ser utilizado. Conclui Queiroz “1) no concurso entre causas de aumento, o método sucessivo prejudica o réu; 2) no concurso entre causas de diminuição, o método isolado é impraticável (ilógico); 3) no concurso entre causas de aumento e diminuição, o critério isolado prejudica o réu”. Assim, acredita que o método sucessivo é o que deve ser aplicado em regra, já o método isolado deve ser aplicado sempre que for mais favorável ao réu ⁶².

2 A INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL E OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A APLICAÇÃO DA PENA

2.1 A interpretação da Lei Penal

Interpretar a norma é tentar buscar o seu real significado. A interpretação é importante mesmo quando a lei se mostra clara, pois, podem aparecer dúvidas sobre o seu alcance. Para Bitencourt o processo interpretativo deve expressar com clareza e objetividade o verdadeiro sentido e o alcance mais preciso da norma legal, considerando todas as suas relações e conexões dentro de um contexto jurídico e político-social. E prossegue, seu entendimento no sentido de que o processo interpretativo deve expressar com clareza e objetividade o verdadeiro sentido e o alcance mais preciso da norma legal, considerando todas as suas relações e conexões dentro de um contexto jurídico e político-social ⁶³.

⁶¹ NUCCI, op. cit., p. 470-471

⁶² QUEIROZ, op. cit., p. 342

⁶³ BITENCOURT, op. cit., p. 184

A discussão da hermenêutica, tema de grande complexidade, não poderá aqui receber o tratamento devido. No presente trabalho será adotado, apesar de superado, o modelo prevalente no foro judicial.

Assim, as formas de interpretação podem ser classificadas nas seguintes modalidades: a) quanto às fontes; b) quanto aos meios; c) quanto aos resultados.

2.1.1 Interpretação autêntica, jurisprudencial e doutrinária

Em relação às fontes, essas podem ser divididas em interpretação autêntica, jurisprudencial e doutrinária.

Autêntica é aquela realizada pelo legislador da norma, que explica seu significado no próprio texto (interpretação contextual) ou posteriormente a edição da lei (interpretação posterior) situação em que a lei interpretadora entra em vigor depois da lei interpretada, e possui o objetivo de afastar qualquer dúvida sobre seu significado.

Jurisprudencial ou judicial é aquela feita pelos órgãos jurisdicionais, não possuindo força obrigatória. Segundo Greco por intermédio de suas decisões, os magistrados tornam a lei viva, aplicando-a na solução dos casos concretos que lhes são apresentados⁶⁴. Para Bitencourt é aquela produzida pelos tribunais por meio da reiteração de suas decisões⁶⁵. São incluídas aqui as Súmulas que, podem ser vinculantes (de aplicação obrigatória) ou não, as quais objetivam demonstrar qual é o entendimento dos Tribunais sobre determinado assunto. Prossegue o autor, comentando sobre a independência do Juiz sobre as decisões proferidas em Tribunais Superiores, e súmulas não vinculantes:

Contudo, excluída a hipótese da famigerada súmula vinculante, os magistrados não são obrigados a acatar as decisões proferidas por outro juiz sobre determinada norma jurídica, mesmo que seja de grau superior. Esse aspecto é saudável, na medida em que preserva a independência do juiz, caso contrário seria uma forma disfarçada e inconstitucional de impedir o direito do cidadão de submeter a lesão a seu direito à apreciação do Poder Judiciário⁶⁶.

⁶⁴ GRECO, op. cit., p. 35

⁶⁵ BITENCOURT, op. cit., 187

⁶⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 188

A interpretação doutrinária, por sua vez, é feita por estudiosos do direito que, interpretam a lei de acordo com seus conhecimentos técnicos. De acordo com Bitencourt

não tem força vinculante, no entanto indica o caminho a seguir, serve para fundamentar as decisões jurisprudenciais, e sua autoridade, sempre relativa, é proporcional à importância dos méritos científicos individuais do intérprete. Contudo, sua importância não decorre somente da autoridade do intérprete (doutrinador), independente de seu prestígio, mas do grau de cientificidade e da força dos argumentos geradores do maior ou menor nível de convicção. Ademais, tem grande valor científico, pois através da doutrina se traçam os pilares do sistema jurídico-pena⁶⁷.

2.1.2 Interpretação gramatical, histórica lógica e sistemática

Quanto aos meios empregados para a interpretação, Bitencourt adota a seguinte divisão: gramatical, histórica, lógica e sistemática.

Na interpretação gramatical ou literal o intérprete busca o significado de cada palavra contida na norma.

Masson anota que “essa modalidade de interpretação despreza quaisquer outros elementos que não os visíveis na singela leitura do texto legal. É a mais precária, em face da ausência de técnica científica”⁶⁸.

Bitencourt explica que esse tipo de interpretação muitas vezes ignora até o sentido técnico de determinado termo quando esse não corresponde ao literal que a gramática normalmente utiliza, e continua no sentido de que por esse método de interpretação, emprega-se ao texto legal o sentido comum da linguagem, partindo-se da presunção de que o legislador o tenha preferido. Apesar de toda a interpretação iniciar-se com a gramatical, essa possui menor importância em relação às outras formas, isso porque “o intérprete que se atém à letra fria da lei como único critério, sem se preocupar com os demais, é um mau intérprete ou um mau aplicador do texto legal, é um “formalista”⁶⁹.

Duas regras básicas ainda são apontadas por Bitencourt para a utilização desse método, que são: a) a lei não tem palavras supérfluas; b) as expressões contidas na lei

⁶⁷ BITENCOURT, op. cit., p. 188

⁶⁸ MASSON, op. cit., p. 131

⁶⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 190

têm conotação técnica e não vulgar. Porém, é somente a partir da interpretação que poderá ser visto se o sentido empregado é o técnico ou o comumente utilizado e finaliza:

No entanto, mesmo a linguagem técnica utilizada pelo legislador apoia-se na linguagem geral comum, uma vez que o direito dirige-se a todos e, por isso, não pode renunciar a um mínimo de compreensibilidade geral. Por outro lado, ante o princípio da taxatividade, deve-se observar que em Direito Penal o sentido literal das palavras utilizadas pelo legislador exerce função de garantia e, por isso mesmo, nunca pode ser ignorado. A letra da lei jamais deve ser descartada quando está em jogo a imposição de uma sanção penal: *nullum crimen sine lege*. Ao contrário do que normalmente se pensa, a interpretação gramatical não ignora a *ratio legis* por completo⁷⁰.

É a partir da interpretação histórica que pode ser compreendido os fundamentos de determinada política criminal ou os motivos pelos quais o legislador adotou determinada orientação legislativa. O estudo dos elementos históricos, mesmo que não vinculantes, oferece ao intérprete valiosos dados que não podem ser desprezados na interpretação da norma. Entende Bitencourt “Na verdade, o ideal é que ocorra aqui um entrelaçamento entre a interpretação histórica e a teleológica, perquirindo a vontade histórica objetivada na lei, ou seja, devem-se considerar o contexto”⁷¹.

Com interpretação lógica ou sistemática busca-se resolver eventuais contradições entre os diversos preceitos penais. Desta forma, novamente Bitencourt, aponta que essa interpretação “busca situar a norma no conjunto geral do sistema que a engloba, para justificar sua razão de ser. Amplia-se a visão do intérprete, aprofundando-se a investigação até as origens do sistema, situando a norma como parte de um todo”⁷².

Bobbio citado por Greco nos traz a definição da interpretação sistêmica nos seguintes termos:

aquela forma de interpretação que tira os argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (como o Direito Privado, o Direito Penal) constituam uma totalidade ordenada (mesmo que depois se deixe um pouco no vazio o que se deve entender com essa expressão), e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma deficiente recorrendo ao chamado 'espírito do sistema', mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal⁷³.

⁷⁰ BITENCOURT, op. cit., p. 190

⁷¹ BITENCOURT, op. cit., p. 192

⁷² Idem

⁷³ GRECO, op. cit., p. 38

A interpretação sistemática, portanto, é uma garantia da unidade conceitual do ordenamento, pois somente com uma interpretação contextualizada é que se pode encontrar o verdadeiro sentido de uma norma.

Por fim, Bitencourt afirma que todos os métodos interpretativos são válidos no Direito Penal contemporâneo, mas esses sempre devem ser regidos pelo princípio da legalidade⁷⁴.

2.1.3 Interpretação declarativa, extensiva e restritiva

Quanto aos resultados, a interpretação classifica-se em declarativa, extensiva e restritiva.

Para Bitencourt na interpretação declarativa o intérprete fica limitado a encontrar e declarar a vontade da lei, que coincide com as palavras contidas no texto legal, ocorrendo então uma simples declaração do direito. O mesmo autor citando Vicente Ráo traz a ideia de que a interpretação declarativa “afirma a coincidência da norma com o sentido exato do preceito”⁷⁵. Delmanto define interpretação declarativa como “quando a letra se harmoniza com o significado obtido pelos outros métodos”⁷⁶. Greco no mesmo sentido, explica que, na interpretação declaratória, o intérprete não amplia nem restringe o seu alcance, mas apenas declara a vontade da lei⁷⁷.

Na interpretação restritiva, busca o intérprete diminuir o alcance da lei e com isso buscar seu real sentido. É utilizada quando a lei falou mais do que pretendia efetivamente dizer.

Já na interpretação extensiva o texto legal diz menos do que pretendia. Desta forma, o intérprete necessita ampliar o sentido ou alcance da lei examinada, para adequá-la à sua efetiva vontade.

⁷⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 193

⁷⁵ Idem

⁷⁶ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 82

⁷⁷ CRECO, op. cit., p. 39

2.1.4 Analogia

A analogia é empregada quando existe lacuna na lei, ou seja, quando uma hipótese concreta não é prevista no dispositivo legal. Claus Roxin apud Delmanto nos traz o ensinamento de que:

Dependendo da origem da norma que é aplicada para preencher essa lacuna, tem-se a analogia legal, quando o interprete aplica ao caso não previsto uma regra jurídica já prevista em outro dispositivo legal, ao lado da analogia jurídica, na qual se aplica ao caso uma regra jurídica que se depreende da exegese de vários preceitos, e não a aplicação de um dispositivo específico⁷⁸.

Bitencourt, porém, aponta que a doutrina tem dividido o instituto da analogia em duas espécies: “analogia legis e analogia juris. Ocorre a primeira hipótese quando se aplica uma norma legal a determinado fato não contemplado no texto legal, e a segunda quando o que se aplica são os princípios gerais de direito”. O referido autor, ao distinguir a analogia, com a interpretação extensiva e interpretação analógica ensina que:

analogia não se confunde com a *interpretação extensiva* ou mesmo com a *interpretação analógica*. *Analogia*, convém registrar desde logo, não é propriamente forma de *interpretação*, mas de *aplicação* da norma legal. A *função* da analogia não é, por conseguinte, *interpretativa*, mas *integrativa* da norma jurídica. Com a analogia procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, isto é, com ela busca-se colmatar uma lacuna da lei. Na verdade, a *analogia* não é um *meio de interpretação*, mas de *integração* do sistema jurídico. Nessa hipótese, não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer. Há, com efeito, a ausência de lei que discipline especificamente essa situação⁷⁹.

Por fim, Bitencourt afirma que o recurso à analogia é limitado nos casos de leis penais incriminadoras, sendo inadmissível que o juiz acrescente outras limitações além daquelas previstas pelo legislador, pois em matéria penal a analogia só é permitida para beneficiar o réu; também se limita no caso de leis excepcionais, em que os as situações não disciplinadas como de exceção, estarão previstas nas de caráter geral; e nas leis fiscais que por terem caráter semelhante às penais, é recomendável a não admissão do recurso à analogia para sua integração⁸⁰.

⁷⁸ DELMANTO, op. cit., p. 82

⁷⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 195

⁸⁰ BITENCOURT, op. cit., p. 196

2.2 Princípios que regem a aplicação da pena

O estudo e a utilização dos princípios fundamentais do Direito Penal, notadamente aqueles cristalizados na Constituição Federal, são essenciais para a aplicação das normas penais. Segundo Barroso, os princípios são “premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos”⁸¹.

Princípio, na lição de Carraza “é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”⁸².

Sendo assim, além de limitadores do poder Estatal em detrimento dos cidadãos, os princípios são também norteadores da interpretação de forma que possibilite manter a harmonia do sistema normativo.

José Afonso da Silva, sobre os princípios fundamentais, afirma que “a ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema”⁸³.

Paulo de Barros Carvalho apud Lima aduz que “os princípios são normas, com todas as implicações que esta proposição apodítica venha a suscitar”⁸⁴.

Sobre a diferenciação entre princípio e regras, para Alexy o critério mais utilizado é o da generalidade, segundo o qual os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade, sendo que as regras possuem baixo grau de generalidade. Assim, os princípios são mais genéricos, abstratos, já as regras possuem grau de abstração reduzida⁸⁵.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 151

⁸² CARRAZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 31

⁸³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 99-100

⁸⁴ LIMA, op. cit.

⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83

Novamente LIMA sobre a interpretação das normas, afirma que essa deve ser feita sempre com base em princípios, aduz ainda que, violar um princípio é mais grave que violar uma regra qualquer, nos seguintes termos:

O ordenamento jurídico nacional, pois, traduz-se em princípios, logicamente anteriores às regras. Os princípios constitucionais são os alicerces do sistema, disposição fundamental que se irradia sobre as demais normas, servindo-lhes de **critério interpretativo**, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do próprio sistema. Destarte, pairam superiores sobre as regras. Apontando a direção e mostrando o sentido a partir do qual devem ser compreendidas as outras normas, a violação dos princípios, conforme ficou assentado em passagem muito citada na literatura jurídica nacional, é bem mais grave que a transgressão de uma regra qualquer, pois desatender a um princípio significa não apenas ofender um específico mandamento obrigatório, mas todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, pois significa insurgência contra todo o sistema e corrosão de sua estrutura principal⁸⁶.

As normas de direito penal devem ser elaboradas e interpretadas em conformidade com as normas constitucionais, que por meio de princípios e regras fornecem harmonização do sistema jurídico.

2.2.1 Princípio da legalidade

Disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, ordena que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No Código Penal está previsto no art. 1º segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”. Apresenta-se, portanto, como uma das principais garantias individuais.

Nesse sentido, Delmanto:

Trata-se de postulado indispensável a segurança jurídica e à garantia de liberdade de todas as pessoas, impedindo que alguém seja punido por um comportamento que não era considerado delituoso à época de sua prática, bem como evitando que a pena aplicada seja arbitrária, impondo a ela certos limites⁸⁷.

⁸⁶ LIMA, op. cit.,

⁸⁷ DELMANTO, op. cit., p. 76

O princípio da legalidade além de garantir o prévio conhecimento dos crimes e das penas, ainda “garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela disposta na lei”⁸⁸.

Greco relacionando o princípio da legalidade e o Estado de direito aduz que “num verdadeiro Estado de Direito, criado com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei”⁸⁹.

Ainda Alexandre de Moraes sobre a supremacia das normas constitucionais:

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico⁹⁰.

A norma não pode ser interpretada de forma prejudicial ao agente, seja criando crimes ou incluindo causas de aumento ou agravantes. Assim, entende Greco “se o fato não foi previsto expressamente pelo legislador, não pode o intérprete socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente”⁹¹.

Segundo Moraes “a reserva legal designa que, no que alude à anterioridade, a regra penal incriminadora deve ser revelada antes da conduta intersubjetiva, enquanto, no que atine à legalidade, a regra penal incriminadora deve ser veiculada através de lei”⁹².

Com base nesse princípio, veda-se também na esfera penal a criação de normas com conceitos vagos e imprecisos. Paulo de Souza Queiroz salienta

O princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao Judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio⁹³.

⁸⁸ BATISTA, op. cit., p. 67

⁸⁹ GRECO, op. cit., p. 93

⁹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 4 ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 43

⁹¹ GRECO, op. cit., p. 96

⁹² MORAES, Guilherme Pena de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 105

⁹³ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal – Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23-24

Para Nilo Batista

A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligíveis por todos os cidadãos. Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos” equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e, politicamente, muito mais nefasto e perigoso⁹⁴.

Ainda para esse autor, o princípio da legalidade pode ser dividido em quatro funções: a primeira proibir a retroatividade da lei; a segunda proibir a criação de crimes e penas pelo costume; a terceira proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas e a quarta proibir incriminações vagas e indeterminadas⁹⁵.

Desta forma, somente a lei pode criar obrigações, ou estipular formas de aplicação de penas para o indivíduo, uma vez que ela é expressão legítima da vontade popular.

2.2.2 Princípio da Individualização da pena

Estabelece que do acusado tenha a pena aplicada na medida de sua culpabilidade e sua responsabilidade na prática delitiva.

O artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social determinada; e) suspensão ou interdição de direitos”⁹⁶.

A execução da pena também deverá ser individualizada conforme pode ser visto no art. 5º da Lei de Execuções Penais, que possui a seguinte redação: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”⁹⁷.

⁹⁴ BATISTA, op. cit, p. 78

⁹⁵ BATISTA, op. cit., p. 68

⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Código_Civilivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2014.

⁹⁷ BRASIL. **Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 10 mai. 2014

O princípio da individualização da pena determina a existência de uma relação direta entre a conduta praticada do agente e a sanção a ele imposta. Nesse sentido, Moraes ensina que:

O princípio da individualização da pena exige estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão. Assim, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente⁹⁸.

Para Nucci, ao individualizar a pena ocorre a justa e adequada aplicação da sanção penal, tornando o sentenciado único e distinto dos demais infratores⁹⁹.

Bitencourt apregoa que a individualização da pena ocorre em três momentos diferentes, quais sejam a:

[...] individualização legislativa — processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; individualização judicial — elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, individualização executória, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento¹⁰⁰.

Os princípios constitucionais e do direito penal devem servir como norte da individualização legislativa, judicial e executória.

Com objetivo de evitar penas padronizadas, sobre a individualização judiciária, Luiz Luisi comenta que

É de entender-se que na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma “discricionariedade juridicamente vinculada”. O Juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles o Juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atento às exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente à pessoa a que a sanção se destina¹⁰¹.

Individualizar a pena, para Nucci, significa a eleger de uma sanção justa e adequada em relação ao perfil e efeitos sobre o sentenciado, tornando-o único e diferente dos demais infratores, evitando, dessa forma, a padronização da pena, que dispensaria a figura do juiz¹⁰².

⁹⁸ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 2003, p. 326

⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: RT, 2005, p. 31

¹⁰⁰ BITENCOURT, op. cit., p. 756

¹⁰¹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991, p. 38

¹⁰² NUCCI, op. cit.,

O art. 68 do Código Penal, ao determinar o método trifásico de aplicação da pena, fornece também meios para que a pena possa ser individualizada. Assim, a partir das circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes e as causas de aumento e diminuição, tenta-se deixar a pena em conformidade com as características do agente transgressor da norma, bem como do crime praticado.

2.2.3 Princípio da culpabilidade

Segundo Nucci o princípio da culpabilidade significa que “ninguém será penalmente punido se não houver agido com dolo ou culpa”, demonstrando a subjetividade da responsabilização. Encontra-se implícito na Constituição Federal, “justamente porque não se pode, num Estado Democrático de Direito, transformar a punição mais gravosa que o ordenamento pode impor (pena) em simples relação de causalidade, sem que exista vontade ou previsibilidade do agente”¹⁰³.

No mesmo sentido, Nilo Batista entende que o princípio da culpabilidade deve ser entendido “como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. [...] ou ainda como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, lhe seja reprovável”¹⁰⁴.

Greco, por sua vez, entende que a culpabilidade tem estrita relação com o juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta praticada pelo agente. “Reprovável ou censurável é aquela conduta levada a efeito pelo agente que, nas condições em que se encontrava, podia agir de outro modo”. Prossegue o autor citando Miguel Reale Junior “culpabilidade é um juízo sobre a formação da vontade do agente”¹⁰⁵.

A culpabilidade, portanto, exerce papel fundamental na caracterização da infração penal, já que é a terceira característica integrante do conceito de crime “fato típico, ilícito e culpável”. Também regula a pena, pois essa não deve ultrapassar o marco fixado pela culpabilidade da conduta e ainda atribui a responsabilidade subjetiva

¹⁰³ NUCCI, op. cit., p. 75

¹⁰⁴ BATISTA, op. cit., p. 103

¹⁰⁵ GRECO, op. cit., p. 90

para caracterização do crime, exigindo o dolo ou culpa para imputação da conduta praticada ¹⁰⁶.

Sobre o assunto, finaliza Gustavo Bruzzone citado por GRECO

quando nos referimos à culpabilidade podemos fazê-lo em diferentes sentidos. Por um lado fazemos referência ao conceito de culpabilidade que se refere à fundamentação da pena em si; somente podemos aplicar uma pena ao autor de um fato típico, antijurídico e culpável. Também nos referimos à culpabilidade em relação ao fundamento para determinação da pena. Não o utilizamos para fundamentar a pena em si, senão para determinar a sua graduação: gravidade, tipo e intensidade. O terceiro conceito caracteriza a culpabilidade como o oposto à responsabilidade pelo resultado ¹⁰⁷.

2.2.4 Princípio da proporcionalidade

Consagra a ideia de que deve existir uma relação de equilíbrio entre a formulação e aplicação das penas e o delito praticado. Para Hassemer apud Bitencourt “a exigência de *proporcionalidade* deve ser determinada mediante um juízo de ponderação entre a carga ‘coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação penal” ¹⁰⁸.

Não é encontrado expressamente no ordenamento jurídico, porém pode ser visto implicitamente quando o legislador ao garantir a individualização das penas (Constituição Federal artigo 5º, XLVI) garante que estas serão proporcionais ao delito cometido.

Beccaria destaca que "para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei" ¹⁰⁹.

Ainda a partir dos ensinamentos de Alberto Silva Franco citado por Greco, que ao dissertar sobre o princípio da proporcionalidade nos mostra que:

"O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da

¹⁰⁶ GRECO, op. cit., p. 91

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 66

¹⁰⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 229

proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade)”¹¹⁰.

Desta forma, deve o legislador e o magistrado sempre tentar alcançar a proporcionalidade entre o ato praticado e a pena aplicada.

Por fim, conclui Bittencourt

[...] com base no *princípio da proporcionalidade* é que se pode afirmar que um *sistema penal* somente estará justificado *quando a soma das violências* — crimes, vinganças e punições arbitrárias — *que ele pode prevenir* for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los¹¹¹.

3. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ

A Súmula 231 do STJ, julgada em 22 de setembro de 1999 dispõe que as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena abaixo do mínimo cominado.

Conforme explicado anteriormente, o Código Penal adotou o sistema trifásico para o cálculo da pena. Neste sistema, a primeira fase será calculada com base nos critérios previstos no art. 59. Em seguida, na segunda fase, ocorre a aplicação das circunstâncias atenuantes e agravantes, e por último, na terceira as causas de aumento e diminuição.

Apesar de o Código Penal ter adotado claramente esse sistema, a aplicação da referida súmula faz com que muitas vezes seja utilizado o método bifásico quando, da primeira fase, se obtém uma pena no mínimo legal. Assim, seguindo o que prescreve a

¹¹⁰ GRECO, op. cit., 74

¹¹¹ BITENCOURT, op. cit., p.67

Súmula, se a pena ficou no mínimo estabelecido, a segunda fase será ignorada, partindo-se diretamente para a terceira.

Desta forma, é da segunda fase de aplicação da pena que trata a referida súmula, no sentido de que as circunstâncias atenuantes não poderão incidir se a pena já estiver no mínimo legal estabelecido. Porém, contrariamente ao disposto no art. 59, inciso II do Código Penal, que afirma categoricamente que “a pena deverá ser aplicada dentro dos limites previstos”, no art. 65 em nenhum momento houve proibição legal de cominação abaixo do mínimo por incidência circunstâncias atenuantes.

Bitencourt entende que reconhecer uma atenuante somente para evitar nulidade, mas não realizar a devida atenuação da pena “é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal”¹¹².

O entendimento despendido por essa súmula sobre o tema é aplicado também pela maior parte da jurisprudência que, limita-se apenas a afirmar em seus acórdãos e sentenças que apesar da existência da circunstância atenuante, ela não será aplicada em razão da súmula 231 do STJ, ou seja, deixa de fazer qualquer análise sobre o assunto.

Assim, para melhor compreensão da matéria tratada na súmula 231 do STJ, faz-se necessário, um estudo crítico sobre os julgados que serviram de precedentes.

O mais antigo, o REsp 7.287/PR (Rel. Ministro Willian Patterson, Sexta Turma, julgado em 16/04/1991, DJ 06/05/1991)¹¹³. O recurso foi interposto contra decisão que diminuiu a pena abaixo do mínimo em virtude da incidência de uma circunstância atenuante.

No voto, o recorrente afirma que em nenhum momento da história foi permitido estabelecer pena inferior ao mínimo legal por causa de uma atenuante.

O Relator citou trechos do recurso, em que o recorrente diz não ser possível agravantes e atenuantes levaram a pena para fora dos limites mínimos e máximos estabelecidos. Para isso fez referência a Damásio de Jesus (Direito Penal, vol. 1, p. 506, 1985) “em face de uma circunstância agravante ou atenuante, nem sempre a aplicação

¹¹² BITENCOURT, op, cit., p. 772

¹¹³ **Superior Tribunal de Justiça**. (Sexta Turma) Recurso Especial n. 7.287/PR. Relator: Ministro Willian Patterson. Brasília, 16 de abril de 1991. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100004812&dt_publicacao=06-05-1991&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 15 mai. 2014.

de seu efeito é obrigatória. Isso porque, tratando-se de circunstâncias legais genéricas, a pena não pode ser fixada aquém do mínimo ou além do máximo”.

Fez referência também a Heleno C. Fragoso (Lições de Direito Penal, p. 355, 7ª ed, 1985 “as circunstâncias legais atenuantes são de aplicação obrigatória. Elas atuam diminuindo a reprovabilidade da ação e, pois, da culpabilidade. Não pode, porém, a pena ser diminuída abaixo do mínimo da escala legal”, e por último a Juarez Cirino dos Santos (Direito Penal, 1985, Forense, p. 250) “as circunstâncias atenuantes ou agravantes genéricas (incluídas as do concurso de pessoas) não podem exceder os limites mínimo e máximo da pena cominada ao tipo penal”.

Ainda no voto, o Ministro citou o HC 63.707-SP que, em síntese, trouxe aquela ideia de que ao contrário das causas de redução de pena, as atenuantes não podem diminuir a pena abaixo do mínimo. Colacionou ainda outros julgados, que apontaram sempre para essa ideia referida.

Passa-se a análise desse julgado. Inicialmente, mesmo que estivesse exato o primeiro argumento colacionado, o qual afirma que nunca na história fora permitido aplicar uma circunstância atenuante quando a pena base estivesse no mínimo, apenas o fato de isso nunca ter ocorrido não pode ser motivo capaz de impedir que se reveja o tema, estudando-o de acordo com a Constituição Federal de 1988, e seus princípios norteadores, pois o direito está em constante desenvolvimento.

Um texto escrito e publicado na revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Revista EMERJ), pelo, hoje aposentado, Desembargador Sergio Cavalieri Filho, faz uma reflexão sobre a constante evolução pela qual deve passar o direito

Creio ser possível dizer que a Justiça está para o direito como o horizonte está para cada um de nós. Quanto mais caminhamos em direção ao horizonte – dez passos, cem passos, mil passos – mais ele se afasta de nós, na mesma proporção. Nem por isso o horizonte deixa de ser importante porque é ele que nos permite caminhar. Pois também o Direito, na permanente busca da Justiça, está sempre caminhando, em constante evolução¹¹⁴.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um apanhado de normas garantidoras de direitos fundamentais incluindo direitos sociais, individuais, coletivos, etc. Positivou

¹¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. DIREITO, JUSTIÇA E SOCIEDADE. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p.58-65, 2002. Disponível em:
<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf>

diversos princípios que devem ser aplicados em todos os ramos do Direito. A Constituição Cidadã “teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a realização da cidadania”¹¹⁵. Portanto, deve ser consultada antes da elaboração ou aplicação de qualquer norma, para que os direitos fundamentais possam ser respeitados. O argumento empregado de que a interpretação ter sempre ocorrido de determinada forma não pode servir de acomodação aos pensadores do direito.

As doutrinas citadas nesse julgado se limitaram a afirmar que as circunstâncias atenuantes não podem incidir quando a pena base encontra-se no mínimo legal. Desta forma, não houve sequer alguma explicação jurídica que justificasse a ocorrência de tal afirmação. Em um ordenamento como é o brasileiro, pautado no princípio da legalidade, tal afirmação feita da maneira como foi, só seria possível se houvesse lei expressamente determinado essa imposição.

Entretanto, não é isso que ocorre, pois em nenhum lugar da legislação penal, ou constitucional é declarado, mesmo que implicitamente, que na segunda fase de aplicação da pena as circunstâncias atenuantes, que são de aplicação obrigatória como se lê claramente no art. 65, não poderão incidir quando pena base (essa sim deverá estar entre os limites máximos e mínimos previstos conforme art. 59 do Código Penal) foi fixada no mínimo previsto.

Os julgados trazidos ao acórdão pregaram a ideia de que “ao contrário das causas de redução de pena, as atenuantes não podem diminuir a pena abaixo do mínimo”. Por quê? Bem, não se explicou porquê.

Os próximos dois julgados serão analisados em conjunto.

O REsp 15.691/PR (Rel. Originário Ministro Pedro Acioli, Rel Designado Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 1º/12/1992, DJ 03/05/1993)¹¹⁶, foi interposto contra acórdão que manteve a sentença de primeiro grau

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 90

¹¹⁶ **Superior Tribunal de Justiça**. (Sexta Turma) Recurso Especial n. 15.691/PR. Relator Originário Ministro Pedro Acioli, Rel. Designado: Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 1º de dezembro 1992. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100212121&dt_publicacao=03-05-1993&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 15 mai. 2014.

a qual aplicou uma circunstância atenuante sobre a pena base que estava fixada no mínimo.

O Relator Originário Ministro Pedro Acioli não conheceu do recurso, mas ficou vencido. No seu voto, salientou que a aplicação da pena pelo magistrado de primeiro grau se deu da seguinte forma: “é primário, razão pela qual fixo a pena base em quatro anos de reclusão, que aumento de um terço, dadas as qualificadoras acima verificadas, o que dá o total de cinco anos e quatro meses de reclusão; sendo menor de vinte e um anos de idade, diminuo um ano e quatro meses, totalizando quatro anos de reclusão, que torno definitiva”.

Após, afirmou que a pena imposta ao crime de furto pelo caput é de 4 a 10 anos e multa, mas como o delito praticado foi de furto qualificado a mínima seria de 5 anos e 4 meses e a máxima de 13 anos e 4 meses. Continua dizendo que incidindo a atenuante de aplicação obrigatória, “que embora não possa reduzir a pena abaixo do mínimo legal previsto”, chegar-se-á a pena definitiva de 4 anos, que é o mínimo legal do tipo. Aduz que cada tipo penal tem sua pena mínima fixada no caput, e por isso seria correta tal aplicação, visto que a pena não ficou abaixo do mínimo.

Esse entendimento não foi aceito pelos demais Ministros. O Relator designado, Ministro Vicente Cernicchiaro iniciou o voto salientando que o princípio da individualização da pena previsto na Constituição Federal é dividido em três etapas “a cominação, feita pelo legislador; aplicação, promovida pelo juiz, dentre os limites da cominação; e, por fim, a execução [...]”, e conclui que essa tripartição visa disciplinar a pena.

Continua afirmando que não é facultado ao juiz ultrapassar a barreira da cominação, sob pena de violar a garantia constitucional, pois se o fizesse estaria transformando a atenuante em causa especial de diminuição da pena.

No voto vista, o Ministro Adhemar Maciel afirmou que ao dosar a pena o magistrado não seguiu o que determinava o art. 68 do Código Penal (método trifásico de aplicação da pena), pois aplicou as causas de aumento antes das atenuantes. Desta forma, acompanhou o voto do Relator designado.

No REsp 32.344/PR (Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 06/04/1993, DJ 17/05/1993) ¹¹⁷, pretendia o recorrente que incidisse uma causa especial de diminuição de pena prevista no art. 19 antiga Lei de Drogas Lei 6.368/76, hoje revogada pela Lei 11.343/06. Da ementa, pode-se extrair “[...] A atenuante distingue-se da causa especial de diminuição da pena. A primeira enseja o Juiz, nos limites da cominação, reduzir a pena base. A redução, pois, não pode transpor o mínimo fixado na lei. A segunda, sim, conduz a grau menor porque o legislador afetou o *quantum* da cominação”.

Na sequência, novamente comparou causa especial de redução de pena e as circunstâncias atenuantes, afirmando que elas não podem ser confundidas, pois a primeira reduz a pena *in abstracto*, e a segunda não possui esse efeito. Por fim, deu provimento ao recurso.

Conforme anteriormente dito, esses dois últimos julgados serão avaliados em conjunto, isso porque o Relator do acórdão, apesar de em um deles ser Relator designado, foi o mesmo, o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Os dois julgados datam do ano de 1993. Em 1996, o referido Ministro prolatou acórdão sobre o mesmo tema, porém, com entendimentos contrários aos aqui apresentando. Por isso, faz-se necessário um estudo também de seus novos argumentos.

Trata-se do REsp 68.120/MG, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 16/09/1996, DJ 09/12/1996 ¹¹⁸.

Da ementa, pode-se extrair

O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5º, XLVI) materialmente, significa que a sanção deve corresponder as características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação estabelecendo grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme critério do art. 68, CP, fixar a pena in concreto. A lei trabalha com o gênero. Da espécie cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso

¹¹⁷ **Superior Tribunal de Justiça.** (Sexta Turma) Recurso Especial n. 32.344/PR. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 06 de abril de 1993. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199300046675&dt_publicacao=17-05-1993&cod_tipo_documento=&formato=undefined>. Acesso em: 15 mai. 2014.

¹¹⁸ **Superior Tribunal de Justiça.** (Sexta Turma) Recurso Especial n. 68.120/MG. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 16 de setembro de 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500300362&dt_publicacao=09-12-1996&cod_tipo_documento=&formato=undefined>. Acesso em: 15 mai. 2014.

concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie sob iudice, 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 significa 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 crime.

Em seu voto, o Ministro falou que, a respeito da “possibilidade de aplicar a pena abaixo do mínimo legal, tenho manifestado minha adesão a linha doutrinária que a admite”, e continua afirmando que manifestou-se a respeito em um estudo “publicado no Caderno Direito e Justiça, do Correio Braziliense, de 15 de maio de 1995”. Segue alguns pontos dessa publicação:

O Ministro inicia expondo que “o direito não se esgota na lei; voltando-se ademais, para o dever-ser, como expressão cultural, reclama do intérprete sentir a finalidade da norma”.

Entrando no mérito da pena, afirma que o princípio da individualização da pena está previsto na Constituição Federal, e compreende três etapas a cominação, aplicação e execução.

A cominação é feita pelo legislador, é onde se define a pena.

Ao judiciário cabe o papel da aplicação da pena, é onde se define “as penas aplicáveis dentre as cominadas (CP, art. 59, I) e a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos (CP, 59, II) [...]”.

Posteriormente, indaga-se “se apesar de aplicada no mínimo, a pena, dada excepcional circunstância (não é excludente de ilicitude, nem excludente de culpabilidade) recomendar sanção mais mitigada, pode o Juiz fixá-la em patamar favorável ao réu? Impõe-se resposta positiva”.

Utilizou como justificativa primeiramente o princípio da individualização da pena. Afirmou que dosar a pena dessa forma, é uma maneira de consagrar tal princípio.

Sobre a possibilidade de interferência entre os Poderes, aduz que “o legislador trabalha com o gênero. Da espécie cuida o magistrado. Só assim ter-se-á o Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível ser descrita em todos os pormenores por que elabora a lei”. Desta forma, realiza-se um dos princípios fundamentais, de independência e harmonia entre os Poderes.

Após afirma que “o judiciário, com essa orientação, realizará o Direito Justo”, e finaliza, “Legislativo e Judiciário completam-se. Se a lei se volta para um fim, não faz sentido, no momento da incidência, o aplicador desprezará-lo. Útil concluir, repetindo: a justiça atribui a cada um o que é seu! A pena correta é direito do condenado”.

Voltando ao voto, aduz que o recorrente afirmou que não houve a incidência de circunstância atenuante de confissão, reconhecida na sentença. Desta forma, o Ministro votou no sentido de reduzir em dois meses a pena aplicada no acórdão.

Pode ser claramente observado aqui que o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro no REsp 68.120/MG teve entendimento totalmente contrário ao despendido por ele nos Recursos Especiais que serviram de precedente à Súmula 231 do STJ.

Nos recursos que proferiu voto, e que foram utilizados para a edição da Súmula, entendia o Ministro que, ao incidir uma circunstância atenuante quando a pena estivesse no patamar mínimo, estaria ocorrendo uma interferência entre os poderes, pois era o Legislativo quem ditava a pena, e o Judiciário não poderia de forma alguma diminuí-la. Nesse novo acórdão seu entendimento foi outro, no sentido de complementação entre Judiciário e Legislativo, “realizando o direito justo”.

Queiroz ensina que “o que realmente importa é aplicar uma pena justa pra o caso, proporcional ao delito, conforme as múltiplas e variáveis que o envolvem, e fundamentalmente, ainda que para tanto tenha de fixá-la aquém do mínimo legal.”¹¹⁹.

No REsp 32.344/PR afirmou o Ministro que as atenuantes não podem ser confundidas com causas de diminuição de pena, pois só essas poderiam reduzir a pena *in abstracto*.

Em entendimento contrário, ensina Paganella apud Queiroz que “a diferença entre as causas de aumento e diminuição e as agravantes e atenuantes ocorre apenas sob o ponto de vista de uma perspectiva meramente topográfica, visto que as primeiras estão espalhadas pelo código e as últimas aparecem definidas só na parte geral”¹²⁰.

Outro recurso que serviu de precedente a edição da Súmula 231 do STJ foi o REsp 46.182/DF, Rel. Ministro Jesus Costa Lima, Quinta Turma, julgado em

¹¹⁹ QUEIROZ, op. cit., p. 333

¹²⁰ QUEIROZ, op. cit., p. 339

04/05/1994, DJ 16/05/1994 ¹²¹. O recurso foi proposto contra acórdão que manteve a sentença a qual admitiu a incidência da circunstância atenuante da menoridade, mesmo com a pena-base fixada no mínimo legal, porque a quantidade de pena em definitivo foi superior ao mínimo abstratamente cominado para sancionar o delito, e, além disso, considerou a pena suficiente para que se reeducação do agente e preservação do organismo social.

Na dosimetria da pena, na sentença que foi confirmada pelo acórdão, o magistrado “fixou a pena-base no mínimo legal (4 anos de reclusão), diminuiu seis meses em virtude da menoridade dos infratores e acrescentou um terço devido a causa de aumento prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do CP, tornando-a definitiva em 4 anos e oito meses de reclusão”.

Novamente o recurso foi conhecido. Os argumentos utilizados para demonstrar que as circunstâncias atenuantes não podem levar a aplicação da pena para baixo do mínimo foram a citação de ementas de decisões anteriores do STJ (REsp 15.695/PR; REsp 7.887/PR; REsp 32.444/PR) já aqui analisados, bem como uma citação de Júlio Fabrini Mirabete do ano de 1986, nos seguintes termos:

Uma característica fundamental das circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, é de que não pode servir para transposição dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente considerada. Assim, a presença de atenuantes não pode levar a aplicação abaixo do mínimo, nem a de agravantes a acima do máximo. (Manual de Direito Penal, vol. 1, p. 303, da ed. De 1986, da Editora ATLAS).

Fernando Galvão, também não concorda que a incidência de atenuante possa reduzir a pena abaixo do mínimo legal, isso porque entende que como o legislador não especificou o quanto uma atenuante pode alterar a pena base, a segunda fase de aplicação da pena deveria respeitar o mínimo legal. Apesar disso, nos traz uma boa definição sobre as atenuantes

circunstâncias legais atenuantes nada mais são que critérios estabelecidos pelo legislador para apurar a menor necessidade de reprovação pessoal do condenado, seja pelo reconhecimento de uma culpabilidade reduzida ou pela consideração de outros fatores que indiquem a desnecessidade de mais apenação, em face das circunstâncias peculiares do caso concreto ¹²²

¹²¹ **Superior Tribunal de Justiça.** (Quinta Turma) Recurso Especial n. 46.182/DF. Relator: Ministro Jesus Costa Lima. Brasília, 04 de maio de 1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400088477&dt_publicacao=16-05-1994&cod_tipo_documento=&formato=undefined>. Acesso em: 17 mai. 2014.

¹²² GALVÃO, Fernando. **Direito Penal:** parte geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 781

Ao aplicar as circunstâncias atenuantes o magistrado está individualizando a pena, tornando-a adequada e suficiente às características pessoais do acusado. Para Galvão, “a individualização da pena é garantia constitucional, e o réu tem o direito de ser julgado conforme os critérios estabelecidos pelo legislador para a fixação da pena”¹²³.

O REsp 49.500/SP, Rel. Ministro Assis Toledo, Quinta Turma, julgado em 29/06/1994, DJ 15/08/1994¹²⁴. O recurso foi proposto contra o acórdão que na segunda fase de dosimetria atenuou a pena abaixo do mínimo, devido à incidência da atenuante obrigatória da confissão espontânea. Segue parte da ementa objeto do recurso:

[...] Pena. Fixação da pena básica. Incidência das agravantes e atenuantes obrigatórias. Inexistência de restrição pelos limites máximo e mínimo da cominação em abstrato. Exegese do art. 68 do CP.
- As circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61, 62 e 65, todos do CP, sempre incidirão sobre as penas básicas, por força do disposto no art. 68 do mesmo diploma legal, ainda quando esses se encontrem já nos limites mínimo e máximo da cominação em abstrato.

O recurso foi julgado procedente, e o fundamento do voto ficou restrito a citação da ementa de um julgado da mesma Turma, o qual possuía a seguinte redação:

PENAL – PENA – FIXAÇÃO. No direito brasileiro, não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante. Recurso especial conhecido e provido. (Rec. Esp. nº 15.695-Paraná, 5ª T. do S. T. J., j. 18.12.91, Rel. Min. ASSIS TOLEDO, DJU 17.2.92).

Como dito anteriormente, não existe no ordenamento qualquer proibição para a incidência da atenuante quando a pena encontra-se no mínimo. Aliás, desrespeita-se tal ordenamento que prescreve que as atenuantes são de aplicação obrigatória.

Por fim, outro precedente veio do REsp 146.056/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 07/10/1997, DJ 10/11/1997¹²⁵. Tratava-se de um recurso que possuía como objetivo, entre outros, a redução da pena abaixo do mínimo legal com

¹²³ GALVÃO, op. cit., p. 728

¹²⁴ **Superior Tribunal de Justiça.** (Quinta Turma) Recurso Especial n. 49.500/SP. Relator: Ministro Assis Toledo. Brasília, 29 de junho de 1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400166222&dt_publicacao=15-08-1994&cod_tipo_documento=&formato=undefined>. Acesso em: 18 mai. 2014.

¹²⁵ **Superior Tribunal de Justiça.** (Quinta Turma) Recurso Especial n. 146.056/RS. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 07 de outubro de 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700604985&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=&formato=undefined>. Acesso em: 24 mai. 2014.

base nas atenuantes da menoridade relativa e confissão espontânea, que apesar de reconhecidas, foram afastadas na dosimetria da pena.

Para tanto, os argumentos utilizados foram, primeiramente, que a “individualização da pena, evidentemente, não existe para deleite do magistrado. Ela é uma obrigação funcional [...]”, e também é uma garantia para o réu, para a sociedade, além de estar vinculada ao princípio da reserva legal. Afirma que ninguém pode “através de paralogismos ou silogismos destituídos de conceito jurídico, realizar a aplicação da pena privativa de liberdade de forma diversa daquela prevista na sistemática legal”.

Continua, alegando que desde o Código Penal de 1940, e mesmo com as posteriores alterações, nunca foi entendimento no sistema bifásico (de Roberto Lyra) ou no sistema trifásico (de Nelson Hungria) de que as agravantes e atenuantes pudessem levar a pena para fora dos limites previstos em lei ao contrário das majorantes e minorantes.

Aduz que o critério para aplicação da pena disposto nos artigos 59, 67 e 68 do Código Penal, não pode de forma alguma ser negado.

Sobre aplicação do sistema trifásico do cálculo da pena, afirma que “o critério é claro, a sua sequência evidente e os limites, nas duas primeiras operações, decorrem não só dos textos mas até por uma questão lógica”, pois, aponta que se fosse diferente haveria um sistema de “ampla indeterminação”, o que não seria possível de acordo com o princípio da reserva legal, possibilitaria ainda “constantes tratamentos infundadamente diferenciados”.

Ainda, diz que a questão “não pode merecer solução diversa da tradicionalmente adotada”, e faz três indagações, a primeira “qual seria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do C. P., mormente se o estatuto repressivo indica, ainda um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito?”; em seguida questiona, que se fosse possível tal redução, qual seria o limite da pena, “a pena zero?”, prossegue dizendo que “não foi adotada, entre nós, a discutível concepção unilateral da relação culpabilidade/pena”; e por último afirma que a alegação de injustiça no caso de dois réus condenados a mesma pena, apesar de um deles ter circunstância atenuante a seu favor e essa não incidir porque a pena já está no mínimo, não pode ser um argumento

decisivo, pois “a aplicação da pena não pode ser produto de ‘competição’ entre réus ou delinquentes” .

O voto do acórdão é finalizado considerando que a interpretação literal da expressão “sempre atenuam”, não pode ser superior a interpretação teleológica. “Sempre atenuam, desde que a pena não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo”. Se o entendimento fosse outro, as agravantes também poderiam levar a pena para acima do máximo.

Pode-se extrair desse último voto que o Ministro considera que aplicar uma atenuante quando a pena encontra-se no mínimo legal, é realizar uma dosimetria diferente da prevista no ordenamento. Porém, salienta-se novamente, não há lei proibindo tal situação. Impedir a incidência de atenuantes sim que é agir contra a legalidade e individualização da pena.

Após remeteu-nos aos métodos de aplicação de pena, bifásico e trifásico. Apontou que desde o método bifásico a aplicação da atenuante já não era possível.

Sobre o tema útil é o ensinamento de Bitencourt, o qual aduz que esse equívoco partiu de uma “interpretação analógica desautorizada, baseada na proibição que constava no texto original do parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, não repetido, destaque-se, na Reforma Penal de 1984 (Lei n. 7.209/84)”. Além disso, tal proibição era destinada a uma “causa especial de diminuição de pena” e não a todas as atenuantes “ao contrário do que entendeu a interpretação posterior à sua revogação” ¹²⁶.

O artigo citado possuía a seguinte redação:

Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

Atenuação especial da pena

Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido ¹²⁷.

Nota-se claramente que a proibição destinava-se somente a atenuação especificada no próprio artigo. Ainda nesse sentido Carlos Caníbal apud Bitencourt

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

¹²⁶ BITENCOURT, op. cit., p. 770

¹²⁷ BRASIL. Decreto Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 mai. 2014

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 positivo¹²⁸.

Bitencourt aponta que deixar de aplicar as circunstâncias atenuantes porque a pena se encontra no mínimo previsto é negar “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”¹²⁹.

Retornando ao voto, prossegue o Ministro dizendo que aplicação da pena prevista nos artigos 59, 67 e 68 do Código Penal, não pode de forma alguma ser negada. Entretanto, a única forma de não negar a existência desses artigos é apreciando todas as circunstâncias do crime, do agente, etc.

Sobre o sistema trifásico de aplicação de pena, realmente o sistema é claro. Analisam-se todas as circunstâncias judiciais, aplica-se a pena base (nesse caso prevê o Código Penal que essa deve estar entre os limites máximos e mínimos estabelecidos, conforme art. 59, inciso II); após aplicam-se as agravantes e atenuantes (onde não fica estabelecido quanto pode ser diminuído ou aumentado, ou seja, fica a critério da discricionariedade do juiz); e por último as causas de aumento e diminuição.

Porém, parece haver um equívoco quando no voto afirma que as duas primeiras fases são limitadas e essas limitações “decorrem não só dos textos mas até por uma questão lógica”. Isso porque primeiro, “no texto” apenas a primeira fase está limitada (art. 59, inciso II do Código Penal, como anteriormente mencionado), a segunda fase não encontra limite em nenhum dispositivo legal. Afirmer que a segunda fase a aplicação da pena encontra limite na lei, isso sim é utilizar-se de paralogismo; Segundo difícil é encontrar uma “questão lógica” na proibição da incidência de atenuação quando a pena se encontra no mínimo, pois todos os dispositivos devem ser interpretados de acordo com a Constituição, que determina a individualização da pena, a aplicação de pena conforme a culpabilidade do agente, e além disso, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, a prisão como *ultima ratio*. Não parece condizente com esses dispositivos permitir que um acusado receba pena maior do que deveria.

¹²⁸ BITENCOURT, op, cit., p. 770

¹²⁹ BITENCOURT, op, cit., p. 772

Assim, a única forma possível de existir uma “questão lógica” é interpretando tal dispositivo de acordo com a Constituição Federal, de onde se extrai diversos elementos que mostram como as normas penais devem ser utilizadas. Assim, desnecessária é a aplicação da pena acima da real culpabilidade do agente e do delito. Deixar de levar em consideração circunstâncias atenuantes, quando estas estão presentes, é punir em excesso, é punir além da culpa.

Ainda no voto afirma que teríamos um sistema de “ampla indeterminação” que possibilitaria “constantes tratamentos infundadamente diferenciados”. Esses argumentos carecem de embasamento, ao passo que a pena é aplicada por um magistrado altamente qualificado, que irá medi-la de acordo com as características do agente e circunstâncias do delito praticado, sempre respeitando a legalidade, e os princípios constitucionais aplicáveis, só poderemos ter como resultado uma pena justa.

Em seguida, questiona-se qual seria o limite da pena caso fosse possível a incidência de atenuante quando a pena encontrar-se no mínimo legal, “pena zero?”.

Para responder tal indagação, faz-se necessário retornar ao já explorado método para incidência de causas de aumento e diminuição. Para Queiroz a doutrina utiliza dois métodos para incidência dessas causas, o método sucessivo e o isolado. No sucessivo cada aumento ou diminuição deve incidir sobre a operação anteriormente. Já no método isolado cada aumento ou diminuição incide diretamente sobre a pena provisória. Havendo concurso de causas de diminuição deve prevalecer o método sucessivo, necessariamente, pois do contrário poderia ocorrer a pena zero¹³⁰.

Na aplicação das atenuantes, o método de aplicação não precisa ser diferente. Assim, havendo mais de uma atenuante, as próximas sempre incidirão sucessivamente sobre as outras, de forma que a pena zero torna-se impossível.

Ainda, nos traz a ideia de que a alegação de injustiça no caso de dois réus condenados a mesma pena, apesar de um deles ter circunstância atenuante a seu favor e essa não incidir porque a pena já está no mínimo, não pode ser um argumento decisivo, pois “a aplicação da pena não pode ser produto de ‘competição’ entre réus ou delinquentes”. Entretanto, aplicar a pena da forma descrita, abordando situações desiguais de forma padronizada, não se trata de “competição entre réus ou

¹³⁰ QUEIROZ, op. cit., p. 341

delinquentes”, mas sim de total desrespeito à legalidade e princípios da individualização da pena, proporcionalidade, razoabilidade, etc.

Por fim, considera que a literalidade da “expressão ‘sempre atenuam’, não pode ser superior a interpretação teleológica.

Para Greco, na interpretação teleológica tenta-se buscar a finalidade da lei, isso para esclarecer uma insuficiente interpretação gramatical. Para melhor explicar tal situação citou Jean-Louis Bergel, que afirma “o método teleológico fundamentado na análise da finalidade da regra, no seu objetivo social, faz seu espírito prevalecer sobre sua letra, ainda que sacrificando o sentido terminológico das palavras”¹³¹.

Desta forma, além do método gramatical apontar diretamente que “sempre atenuam”, e assim entendermos que as circunstâncias atenuantes sempre devem incidir, uma interpretação teleológica do mesmo dispositivo não traz um entendimento diverso. Sobre a possibilidade das agravantes também poderem levar a pena acima do máximo estipulado, isso somente seria possível a partir de uma interpretação *in malam partem* da norma, situação essa incompatível com a ordem constitucional vigente.

Assim sendo, deve-se buscar a aplicação de uma pena justa e proporcional ao delito praticado, ainda que para isso seja necessário fixá-la aquém do mínimo legal, agindo-se assim com legitimidade¹³².

Observa-se, portanto, que os argumentos utilizados nos votos que serviram de precedentes a edição da Súmula 231 do STJ, carecem de fundamentação condizente com a Constituição Federal de 1988. Assim, ao aplicar o que ela dispõe ignoram-se princípios fundamentais do direito.

¹³¹ GRECO, op. cit., p. 38

¹³² QUEIROZ, op. cit., p. 333

CONCLUSÃO

O Código Penal adotou o sistema trifásico para o cálculo da pena. Ocorre que, com a edição da Súmula 231 do STJ, a qual determina que as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena abaixo do mínimo cominado, o magistrado ao deparar-se na primeira fase com a pena no mínimo legal, e havendo circunstância atenuante na segunda, ao seguir o que dita a Súmula, deve ignorar essa segunda fase e partir logo para a terceira.

Assim, apesar de ter adotado claramente o sistema trifásico, a aplicação da referida súmula faz com que muitas vezes seja utilizado o ultrapassado método bifásico.

O Direito Penal deve ser comandado pela legalidade, pois só assim garante-se que ninguém receberá coerção penal distinta daquela disposta na lei. No presente trabalho foi observado que não há proibição legal que aponte para a não incidência de circunstância atenuante nos casos onde a pena base estiver fixada no mínimo cominado ao crime. Ocorre, na realidade situação contrária, pois o art. 65 é claro ao dizer que “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”, se sempre atenuam, sempre deve ser aplicada.

Além disso, as normas devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição Federal, que traz um apanhado de normas garantidoras de direitos fundamentais, sociais, individuais e coletivos e positiva diversos princípios que devem ser aplicados em todos os ramos do Direito. Assim, ao interpretar os dispositivos relativos à aplicação da pena de acordo com a Constituição Federal, não há como obter o entendimento de que as circunstâncias atenuantes não podem incidir em determinadas situações.

O disposto nessa súmula também vai em desencontro ao que preceitua o princípio da individualização da pena, uma vez que esse determina a existência de uma relação direta entre a conduta praticada pelo agente e a sanção a ele imposta. Ainda em desencontro com o princípio da culpabilidade, o qual determina que a sanção imposta não pode ser maior do que a real culpabilidade do agente. Também contra o princípio da proporcionalidade que consagra que a pena deve ser ajustada ao delito praticado.

O Código Penal, ao determinar o método trifásico de aplicação da pena, fornece também meios para que a essa possa ser individualizada. Assim, a partir das circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes e as causas de aumento e diminuição, tenta-se deixar a pena em conformidade com as características do agente transgressor da norma, bem como do crime praticado.

Atualmente quando há ocorrência de circunstância atenuante e a pena base está no mínimo legal, a maior parte dos acórdãos e sentenças aplicam a Súmula 231 do STJ, e limitam-se apenas a afirmar que apesar da existência da atenuante, essa não será aplicada em virtude da Súmula, nenhum outro questionamento é feito.

Em análise aos julgados que serviram de precedentes à edição da Súmula, seus argumentos vão no sentido de que nunca na história foi permitido aplicar atenuante quando a pena base estivesse no mínimo, que se essa atenuante fosse aplicada haveria interferência entre os poderes, que as atenuantes não podem ser confundidas com causas de aumento e diminuição, sendo que somente essas poderiam trazer a pena para baixo do mínimo. Ainda serviram como argumentos que haveria um sistema de ampla indeterminação ou de tratamentos diferenciados, a possibilidade de pena zero, ou que a interpretação literal do dispositivo de aplicação da pena não poderia ser superior ao teleológico.

Esses argumentos não se sustentam, uma vez que não compartilham com a ordem constitucional atual, e estão em desacordo com os princípios apresentados.

Conclui-se, portanto, que o entendimento despendido por essa Súmula está em desacordo com a Constituição Federal, pois contraria a individualização da pena, o princípio da culpabilidade, e da legalidade. Além disso, ao permitir que o acusado receba uma pena maior do que deveria confronta-se a própria dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e alternativas. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CódigoCivilivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 abril. 2014.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014.

_____. **Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 10 mai. 2014

_____. **Lei n. 11.340 de 07 de ago de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 19 abr. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** (Sexta Turma) Recurso Especial n. 7.287/PR. Relator: Ministro Willian Patterson. Brasília, 16 de abril de 1991. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100004812&dt_publicacao=06-05-1991&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 15 mai. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** (Sexta Turma) Recurso Especial n. 15.691/PR. Relator Originário Ministro Pedro Acioli, Rel. Designado: Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 1º de dezembro 1992. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100212121&dt_publicacao=03-05-1993&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 15 mai. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** (Sexta Turma) Recurso Especial n. 32.344/PR. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 06 de abril de 1993. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199300046675&dt_publicacao=17-05-1993&cod_tipo_documento=&formato=undefined>. Acesso em: 15 mai. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** (Sexta Turma) Recurso Especial n. 68.120/MG. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 16 de setembro de 1996. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500300362&dt_publicacao=09-12-1996&cod_tipo_documento=&formato=undefined>. Acesso em: 15 mai. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** (Quinta Turma) Recurso Especial n. 46.182/DF. Relator: Ministro Jesus Costa Lima. Brasília, 04 de maio de 1994. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400088477&dt_publicacao=16-05-1994&cod_tipo_documento=&formato=undefined>. Acesso em: 17 mai. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** (Quinta Turma) Recurso Especial n. 49.500/SP. Relator: Ministro Assis Toledo. Brasília, 29 de junho de 1994. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400166222&dt_publicacao=15-08-1994&cod_tipo_documento=&formato=undefined>. Acesso em: 18 mai. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** (Quinta Turma) Recurso Especial n. 146.056/RS. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 07 de outubro de 1997. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700604985&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=&formato=undefined>. Acesso em: 24 mai. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 12. ed. São Paulo: Malheiros. 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. DIREITO, JUSTIÇA E SOCIEDADE. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p.58-65, 2002. Disponível em:
<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf>

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

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

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito Penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, (versão digital).

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NORONHA, Edgard Magalhães Noronha. **Direito Penal: Introdução e parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 6 ed: São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____, Paulo de Souza. **Direito Penal – Introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. (Segunda Câmara Criminal). Apelação Criminal n. 2014.009081-3, de Tijucas. Relator: Sérgio Rizelo. Florianópolis, 18 de março de 2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000QXKA0000&nuSeqProcessoMv=27&tipoDocumento=D&nuDocumento=6639783>>. Acesso em: 05 mai. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.