



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

Beatriz Araujo Moreira

Dos efeitos produzidos pelas súmulas do Superior Tribunal de Justiça na aplicação da pena: Uma abordagem a partir do princípio da individualização

Florianópolis
2023

Beatriz Araujo Moreira

Dos efeitos produzidos pelas súmulas do Superior Tribunal de Justiça na aplicação da pena: Uma abordagem a partir do princípio da individualização

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Macedo de Souza

Florianópolis

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Moreira, Beatriz Araujo

Dos efeitos produzidos pelas súmulas do Superior Tribunal de
Justiça na aplicação da pena : Uma abordagem a partir do
princípio da individualização / Beatriz Araujo Moreira ;
orientador, Cláudio Macedo de Souza, 2023.

71 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade
Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas,
Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Súmulas. 3. individualização da pena. 4.
aplicação da pena. I. Souza, Cláudio Macedo de. II. Universidade
Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

RESUMO

Esta monografia objetiva investigar os efeitos produzidos pelas súmulas de conteúdo penal do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da individualização da pena. As súmulas são um resumo da jurisprudência dominante de um tribunal superior e têm por objetivo, dentre outros, uniformizar as decisões judiciais. Por este motivo, a doutrina majoritária entende que este instituto promove um tratamento isonômico às ações de mesma matéria. No âmbito do Direito Penal, o princípio da individualização define que a pena deve ser aplicada judicialmente de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Há um contraponto, portanto, entre esse princípio, que está intimamente ligado às especificidades de cada situação, e a busca por um tratamento igualitário decorrente da aplicação de súmulas. Acerca das súmulas produzidas pelo Superior Tribunal de Justiça especificamente, há um amplo debate doutrinário a respeito da violação do princípio da legalidade e da individualização da pena, e do prejuízo causado ao acusado, pela Súmula 231 do STJ. Diante desse contexto, o problema gravita em torno da seguinte indagação: “Súmulas com a finalidade de promover a uniformidade entre as decisões judiciais podem produzir efeitos negativos na aplicação da pena?”. Sobre esse questionamento, supõe-se que súmulas de conteúdo penal podem violar o princípio da individualização, em decorrência da uniformização produzida entre as decisões judiciais. Para a investigação, foram empregados métodos de pesquisa doutrinária, análise de legislação, estudo de decisões judiciais e coleta de dados oficiais do Superior Tribunal de Justiça. Ao final, o estudo permitiu definir os efeitos produzidos pelas súmulas de conteúdo penal sobre o princípio da individualização da pena.

Palavras-chave: súmulas do STJ; individualização da pena; aplicação da pena.

ABSTRACT

This monograph aims to investigate the effects produced by the criminal content Precedents of the Superior Court of Justice on the principle of individualization of punishment. Precedents are a summary of the dominant jurisprudence of a higher court and their objective, among others, is to standardize judicial decisions. For this reason, the majority of scholars understand that this institute promotes equal treatment of actions relating to the same matter. Within the scope of Criminal Law, the principle of individualization defines that the penalty must be applied judicially according to the peculiarities of each specific case. Therefore, there is a counterpoint between this principle, which is closely linked to the specificities of each case, and the search for equal treatment resulting from the application of Precedents. Regarding the Precedents issued specifically by the Superior Court of Justice, there is a broad doctrinal debate regarding the violation of the principle of legality and the individualization of sentences, and the harm caused to the accused, by Precedent 231 of the STJ. Given this context, the problem revolves around the following question: "Can precedents with the purpose of promoting uniformity between judicial decisions produce negative effects on the application of sentences?" Regarding this question, it is assumed that Precedents with criminal content may violate the principle of individualization, due to the uniformity produced between judicial decisions. For the investigation, methods of doctrinal research, analysis of legislation, study of case law and collection of official data from the Superior Court of Justice were used. In the end, the study made it possible to define the effects produced by the criminal content Precedents on the principle of individualization of the sentence.

Keywords: STJ precedents; individualization of the sentence; application of the penalty.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AREsp	Agravo em Recurso Especial
AgRg	Agravo Regimental
Art	Artigo
CPC	Código de Processo Civil
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição Federal
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
HC	<i>Habeas Corpus</i>
RE	Recurso Extraordinário
Resp	Recurso Especial
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 O CONCEITO DE SÚMULA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO....	10
2.1 DA JURISPRUDÊNCIA.....	10
2.2 DAS SÚMULAS NO BRASIL.....	14
3 AS SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	22
3.1 DAS SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	22
3.2 DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	28
3.3 DOS IMPACTOS DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENA.....	32
4 ANÁLISE DE PRECEDENTES E DECISÕES JUDICIAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	37
4.1 DAS CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS.....	37
4.2 SÚMULA 171 do STJ.....	38
4.3 SÚMULA 231 do STJ.....	40
4.4 SÚMULA 241 do STJ.....	42
4.5 SÚMULA 269 do STJ.....	43
4.6 SÚMULA 440 do STJ.....	45
4.7 SÚMULA 442 do STJ.....	47
4.8 SÚMULA 443 do STJ.....	49
4.9 SÚMULA 444 do STJ.....	50
4.10 SÚMULA 545 do STJ.....	52
4.11 SÚMULA 587 do STJ.....	54
4.12 SÚMULA 607 do STJ.....	56
4.13 SÚMULA 630 do STJ.....	57
4.14 SÚMULA 636 do STJ.....	58
4.15 SÚMULA 659 do STJ.....	60
4.16 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS.....	61
5 CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

O objetivo dessa monografia é investigar os efeitos produzidos pelas súmulas de conteúdo penal do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da individualização da pena.

As súmulas são um resumo da jurisprudência dominante de um tribunal superior e têm por objetivo, dentre outros, uniformizar as decisões judiciais. Por este motivo, a doutrina majoritária entende que este instituto promove um tratamento isonômico a ações de mesma matéria, as quais podem receber soluções análogas conforme a súmula aplicável.

Todavia, no âmbito do Direito Penal, o princípio da individualização da pena, expressamente indicado pelo art. 5º, da Constituição Federal, define que a pena deve ser aplicada judicialmente de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Isso gera um embate entre esse princípio, que está intimamente ligado às especificidades de cada situação, e a busca por tratamento igualitário decorrente da aplicação de súmulas.

Nesse contexto, sobrevém a necessidade de avaliar os efeitos das súmulas de matéria penal, enquanto razão de decidir, na aplicação da reprimenda, sobre a ótica do princípio da individualização da pena.

No que tange às súmulas produzidas pelo Superior Tribunal de Justiça especificamente, há um amplo debate doutrinário a respeito da violação do princípio da legalidade e da individualização, e do prejuízo causado ao acusado, pela Súmula 231¹, visto que esta impede a fixação de pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria. Desta discussão, surge o interesse de avaliar os demais enunciados elaborados pelo STJ, cujo teor gere possíveis efeitos na aplicação da pena.

Nesse contexto, indaga-se: “Súmulas com a finalidade de promover a uniformidade entre as decisões judiciais podem produzir efeitos negativos na aplicação da pena?”. Supõe-se, como possível resposta à questão, que súmulas de conteúdo penal podem violar o princípio da individualização da pena, em decorrência da uniformização produzida entre as decisões judiciais.

¹ Súmula 231 do STJ - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Pretende-se, então, com o presente trabalho, investigar os efeitos produzidos pelas súmulas de conteúdo penal sobre o princípio da individualização. Para tanto, esta pesquisa que se oferece à leitura está dividida em três capítulos.

Inicialmente, o primeiro capítulo aborda os aspectos históricos, a relevância e os elementos conceituais das súmulas, trazendo uma revisão bibliográfica a respeito do tema. Além disso, este capítulo diferencia os institutos das súmulas e das súmulas vinculantes, confrontando o entendimento doutrinário e a legislação vigente sobre o tema.

O segundo capítulo discute as súmulas elaboradas pelo Superior Tribunal de Justiça que tenham influência sobre a aplicação da pena. Com esse propósito, foi feito o levantamento de dados em arquivos digitais do Superior Tribunal de Justiça, a fim de elencar as súmulas elaboradas pelo Tribunal, desde o primeiro precedente produzido, sobre aplicação da pena. Na sequência, foi apresentada a concepção de princípio de individualização da pena, em uma perspectiva doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. Tal princípio foi confrontado com o princípio constitucional da isonomia, a partir de pesquisa bibliográfica, tendo em vista a finalidade das súmulas no ordenamento jurídico brasileiro. O levantamento de dados no STJ se justifica ao observarmos a Súmula 231 deste Tribunal, cujo conteúdo penal poderá trazer prejuízo ao condenado.

O capítulo derradeiro investiga julgados penais do Superior Tribunal de Justiça nos quais súmulas são adotadas para fundamentar a decisão judicial. A pesquisa jurisprudencial foi realizada utilizando-se da ferramenta de pesquisa jurisprudencial do STJ². Foram analisadas, no total, 13 (treze) decisões judiciais deste Tribunal Superior, as quais foram selecionadas no dia 1º de outubro de 2023, com base na atualidade das decisões em relação a esta data. Após a coleta de dados, foi aplicada a técnica de análise de conteúdo das decisões para identificar a influência das súmulas na aplicação da pena.

Enfim, o trabalho destaca que a interpretação da norma penal "in malam partem" pelo Superior Tribunal de Justiça por meio de súmulas viola expressamente o princípio da individualização da pena, porque impossibilita a aplicação de um direito legal garantido ao acusado em virtude de um entendimento jurisprudencial. Desse modo, ocorre a padronização da sanção penal, tendo em vista que a

² Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>

individualidade de cada réu não é computada durante a fixação da pena. Implica dizer que, toda condenação passa a ser previsível quando se nega ao acusado o direito de ter reconhecida a aplicação da sua pena de forma individualizada.

2 O CONCEITO DE SÚMULA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O primeiro capítulo deste trabalho visa compreender os aspectos históricos, a relevância e os elementos conceituais das súmulas, identificando a finalidade destas. Além disso, destina-se a diferenciar os institutos das súmulas e das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, confrontando o entendimento doutrinário e a legislação vigente sobre o tema.

2.1 DA JURISPRUDÊNCIA

O vocábulo *jurisprudência* é polissêmico, uma vez que pode indicar tanto o conhecimento científico do direito quanto uma das manifestações da normatividade jurídica. Neste segundo caso, o termo *jurisprudência* diz respeito à reiteração de julgamentos em um mesmo sentido, capaz de criar uma padronização normativa tendente a influenciar outras decisões judiciais (SOARES, 2023, p. 91).

No presente trabalho, será empregada a palavra *jurisprudência* consoante definição que afirma que esta é o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, que resultam da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral que pode ser aplicada a outras hipóteses similares ou idênticas (DINIZ, 2023, p. 111).

Com base nesse conceito, nota-se que o Poder Judiciário, a partir de sua função jurisdicional, produz normas gerais que são aptas a motivar futuras decisões judiciais. Assim, tendo em vista esta capacidade de influência, a jurisprudência é reconhecida majoritariamente na doutrina como uma fonte do Direito.

A expressão *fonte do direito*, conforme definição de Miguel Reale, se refere aos “processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa” (2013, p. 166).

Nesse contexto, as fontes do direito são classificadas como material e formal. Para Maria Helena Diniz, a fonte material ou real expressa os fatores sociais, entre eles aspectos éticos, sociológicos, históricos e políticos, bem como os valores de cada época, que determinam o conteúdo das normas e condicionam o desenvolvimento do direito. Portanto, as fontes materiais surgem da própria realidade social e dos valores que inspiram o ordenamento jurídico (2023, p. 106).

Já a fonte de direito formal é responsável por dar forma àquela material, pois se trata dos modos de manifestação das normas jurídicas, ou seja, dos meios empregados pelo jurista para descrever o direito e para aplicá-lo a casos concretos. Além disso, as fontes formais podem ser estatais e não estatais. As fontes estatais são legislativas, a exemplo das leis, decretos e regulamentos, ou jurisprudenciais, como precedentes judiciais e súmulas, ou ainda convencionais, tal como os tratados estabelecidos em convenções internacionais. Por sua vez, as fontes não estatais abrangem o direito consuetudinário (costume jurídico), o direito científico (doutrina) e as convenções em geral ou negócios jurídicos (DINIZ, 2023, p. 106).

Há autores ainda que incluem uma terceira categoria de fontes do direito, denominada fontes históricas, que são constituídas por documentos jurídicos e por coleções legislativas do passado que, devido à sua importância, continuam a influenciar as legislações do presente (JR., 2019, p. 52).

Nessa conjuntura, a jurisprudência, juntamente com os precedentes judiciais e as súmulas, são definidas como fontes do direito formal. Isso ocorre porque representam uma forma de expressão da norma jurídica, além de ter origem estatal, uma vez que são elaboradas pelo Poder Judiciário.

Faz-se necessário neste ponto fazer a distinção entre jurisprudência e precedente. No mesmo sentido das definições supracitadas, jurisprudência se refere a um grande número de decisões judiciais, que estabelecem uma linha de decisões a respeito de certa matéria, permitindo que se compreenda o modo como os tribunais interpretam uma norma jurídica específica. Por outro lado, o termo precedente se trata de uma decisão judicial, proferida em um determinado caso concreto, que servirá de base para a prolação de futuras decisões judiciais. Ainda que representem conceitos distintos, a ligação entre ambos é evidente, pois a identificação de uma linha de jurisprudência constante se faz a partir do exame de um conjunto de decisões judiciais, e cada uma destas decisões poderá ser considerada, quando analisada individualmente, um precedente (CÂMARA, 2022, p. 442).

Para além da distinção entre jurisprudência e precedente, cumpre ressaltar que a jurisprudência possui funções distintas a depender do sistema jurídico em questão. Isso pois, nos sistemas anglo-saxônicos de *common law*, como aqueles da Inglaterra e dos Estados Unidos, marcados pela força dos costumes e dos precedentes judiciais, a jurisprudência é considerada uma fonte direta e imediata do

direito, enquanto, nos sistemas romano-germânicos de *civil law*, como aquele do Brasil, caracterizados pela primazia da lei, a jurisprudência é vista como uma fonte indireta ou mediata do direito (SOARES, 2023, p. 91).

O sistema jurídico do *common law* é estabelecido como uma forma de Direito escrito, proveniente, em sua maioria, do judiciário, e não de leis, códigos e decretos, advindos de uma autoridade do legislativo ou do executivo (SOUZA, 2006, p. 39).

Ademais, o *common law* é conduzido pelo princípio *stare decisis et non quieta movere*³, normalmente abreviado para *stare decisis*, o qual atribui como núcleo essencial do sistema jurídico a força obrigatória do precedente. Apenas como exceção é que é possível aos magistrados, motivadamente, afastaram a incidência do precedente vinculante, por meio das técnicas de *overruling* (demonstração da superação ou defasagem do precedente) e de *distinguishing* (demonstração de que o caso concreto não se aplica ao precedente) (MANCUSO, 2010, p. 144).

Por sua vez, no regime da *civil law*, a lei é a principal fonte do direito, uma vez que esse sistema se fundamenta em preceitos já estabelecidos pelo legislativo. Portanto, a fixação de direitos subjetivos e a imposição de deveres ocorre por meio das leis, de modo que nenhum outro instrumento teria amplos poderes para inovar a ordem jurídica (SORMANI, p. 18, 2008).

Nessa lógica, dada a primazia da lei, a natureza de fonte do direito atribuída à jurisprudência não é capaz de equiparar as normas produzidas pelo Poder Judiciário às normas produzidas pelo Legislativo, ainda que ambos os fenômenos normativos sejam complementares. Nesse sentido, explica Fábio Victor Fonte Monnerat:

Entretanto, a norma jurídica legislada e os comandos normativos extraídos da jurisprudência não se confundem. A norma jurídica, fruto da atividade legislativa e regulada pelo processo legislativo, é produto da vontade política, e se estrutura como norma geral e abstrata estabelecida, hipoteticamente, pelo Poder Legislativo.

As normas identificáveis a partir da análise da jurisprudência dos tribunais não revelam – ou não devem revelar – a vontade política do Poder Judiciário, mas sim, definem com maior grau de detalhe e contornos mais claros, entre as interpretações possíveis da norma legislada, o sentido e o alcance daquilo que fora estabelecido pelo legislador. Não são normas gerais e abstratas, fruto de vontade política, mas normas generalizáveis a partir da análise e sistematização da solução dada pelo Judiciário a casos individuais e concretos (2019, p. 22 e 23).

³ Em uma tradução livre, a expressão significa: manter íntegro o que já foi decidido e não perturbar o que já foi estabelecido.

Portanto, a tradição romanística se fundamenta pela primazia do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito, como a jurisprudência. Por sua vez, na tradição anglo-americana, o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos, constituindo, assim, um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial (REALE, 2013, p. 169).

Nessa perspectiva, enquanto nos sistemas de *common law*, a jurisprudência exerce um papel de estabilização do sistema, recrudescendo as posições tomadas pelas decisões dos tribunais, no sistema de *civil law*, a jurisprudência é um mecanismo de mobilidade, na medida em que permite uma nova análise axiológica, em conformidade com os novos valores priorizados por dada sociedade (MACIEL JÚNIOR, 1994, p. 163).

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, ainda que desempenhe diferentes papéis conforme o regime jurídico, nos Estados de Direito, a jurisprudência, especialmente quando potencializada em súmulas, exerce papel de extrema relevância, vez que atua em diversos planos. Segundo o autor, a jurisprudência opera como uma segura diretriz para o Poder Judiciário, ao passo que sinaliza a interpretação predominante em casos análogos; contribui para a consecução da ordem jurídica justa e isonômica, de modo que casos semelhantes possam receber respostas uniformes; complementa a formação de convicção do magistrado, atuando como fator de atualização do direito positivo e como elemento moderador entre fato e a letra da lei (MANCUSO, 2010, p. 57).

Embora a jurisprudência tenha tradicionalmente uma maior relevância nos sistemas de *common law* e seja secundária nos sistemas de *civil law*, atualmente é possível observar a ocorrência de mudanças significativas nos regimes jurídicos tradicionais.

No Direito inglês, por exemplo, as decisões judiciais cada vez mais são introduzidas no judiciário após interpretações de regras e princípios extraídos das fontes legais. Já nos sistemas de *civil law*, nota-se o aumento da função criativa dos magistrados, porquanto passaram a utilizar, reiteradamente, as noções de cláusulas abertas, como boa-fé, abusividade e interesse público, que aproximam a atuação judicial da atividade desempenhada pelos magistrados da tradição anglo-saxônica (CALDAS, 2013, p. 50).

Especificamente no Direito brasileiro, a progressiva aproximação ao paradigma anglo-saxônico do *common law* é evidente a partir dos seguintes fenômenos: a consagração do poder normativo da Justiça do Trabalho; o aprimoramento dos mecanismos de uniformização jurisprudencial; o prestígio das súmulas dos tribunais superiores, principalmente daquelas do Supremo Tribunal Federal; a previsão legal da súmula impeditiva de recurso; e a positivação constitucional da súmula vinculante, sob a inspiração da doutrina do *stare decisis* (SOARES, 2013, p. 340).

O presente estudo irá abordar o fenômeno do prestígio das súmulas dos tribunais superiores, especificamente do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que, consoante Marcelo Alves Dias de Souza, este instituto representa uma ruptura com a dogmática tradicional que sempre gravitou no Brasil, qual seja, a *civil law* (SOUZA, 2006, p. 254).

Diante das considerações realizadas, pode-se afirmar que a jurisprudência, definida como a reiteração de julgamentos em um mesmo sentido, é reconhecida como uma fonte do direito formal e estatal, enquanto uma manifestação das normas jurídicas, produzida pelo Poder Judiciário.

Ainda que a jurisprudência exerça distintos papéis a depender do sistema jurídico, sua relevância é inequívoca, vez que constitui um instrumento de orientação para decisões judiciais. Atualmente, a função da jurisprudência tem se modificado e, especialmente no sistema jurídico brasileiro, diversos fenômenos representam a aproximação ao sistema de *common law*, como é o caso da valorização das súmulas dos tribunais superiores.

2.2 DAS SÚMULAS NO BRASIL

A origem da súmula no Brasil ocorreu em 13 de dezembro de 1963, quando foi publicada a primeira edição da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Victor Nunes Leal foi o responsável pela criação do instituto e o fez com o intuito de descongestionar as atividades do tribunal, sufocado por inúmeros processos (GOZETTO, p. 54, 2007).

A adoção do instituto ocorreu por meio de emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, publicada em 30 de agosto de 1963. Portanto, o instituto possui origem regimental, não legal, pois sua adoção é fruto de uma situação

específica pela qual passava o STF à época, qual seja, o acúmulo de processos e a busca por celeridade (SOUZA, 2006, p. 254).

Para além da função de atribuir celeridade à prestação jurisdicional, especialmente diante da sobrecarga sobre o STF, em um período anterior à criação do Superior Tribunal de Justiça, que só ocorreu em 1988, diversos motivos contribuíram para a introdução das súmulas no sistema jurídico brasileiro.

Entre os fatores que levaram a adoção das súmulas está a capacidade do instituto de fornecer uma maior certeza do Direito, pois permite a rápida identificação da jurisprudência consolidada do tribunal acerca de vários temas, bem como preenche lacunas deixadas pela lei (SOUZA, 2006, p. 254).

Além disso, outra razão para a adoção foi a busca da previsibilidade, visto que o teor da súmula explícita de forma clara a inteligência na norma legislativa, de modo a tornar previsível os litígios presentes e futuros (SOUZA, 2006, p. 254).

Por fim, a adoção das súmulas foi motivada pelo princípio da igualdade, vez que o conteúdo das súmulas permite que a variação de interpretação seja menor sobre determinada questão de direito, resultando em tratamento igual para todos que estejam nas mesmas condições (SOUZA, 2006, p. 254).

Nesse contexto, destaca-se que as súmulas possuem dois sentidos no direito positivo brasileiro: no primeiro, tem-se a súmula como sendo o resumo de um julgado, enunciado formalmente pelo órgão julgador; no segundo, constitui o resumo de uma tendência jurisprudencial adotada, predominantemente, por determinado tribunal sobre matéria específica, sendo enunciada em forma legalmente definida e publicada em número de ordem. No primeiro sentido, a súmula nasce de um julgamento, enquanto, no segundo, ela nasce de uma repetição de julgamentos que cristalizam ou direcionam a interpretação de uma norma ou de uma matéria contida no Direito Positivo em determinado sentido (ROCHA, 1997, p. 2).

A súmula, portanto, ao sintetizar a posição dos tribunais na fixação de teses jurídicas, em forma de enunciados, reflete o posicionamento destes em temas controvertidos e servem, ainda, como orientação aos consumidores da prestação jurisdicional (TEIXEIRA, 2001, p. 658).

A primeira previsão legal do instituto, juntamente com a extensão da possibilidade dos demais tribunais superiores, além do STF, de editar súmulas, somente ocorreu com o incidente de uniformização de jurisprudência do Código de Processo Civil de 1973, por meio do art. 429, o qual afirmava que: “*o julgamento,*

tomando pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal, será objeto de Súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência” (SOUZA, 2006, p. 254).

Assim, as súmulas passaram a ser adotadas por outros tribunais e a figurar na legislação processual como fonte de uniformização jurisprudencial, tendo em vista suas finalidades de proporcionar mais estabilidade à jurisprudência e de facilitar o trabalho dos operadores do direito, simplificando o julgamento de questões mais frequentes (GOZETTO, p. 54, 2007).

Nesse sentido, tem-se que os motivos pelos quais as súmulas foram adotadas, especialmente, a busca por celeridade na prestação jurisdicional, segurança jurídica e previsibilidade e a concretização do princípio da igualdade, se coadunam com as funções das súmulas, pois, através da uniformização, estas contribuem para a maior estabilidade da jurisprudência e para simplificar o trabalho dos profissionais do direito.

O Código de Processo Civil de 2015, consoante se observa do art. 926⁴, prevê a edição de súmulas, ao estabelecer um sistema de combate à jurisprudência divergente, tornando os tribunais os verdadeiros responsáveis pela uniformização da jurisprudência, assim como pela sua integridade, estabilidade e coerência (MONNERAT, 2019, p. 62).

O dever de uniformização atribuído aos tribunais pelo CPC/2015 busca instituir uma interligação racional entre todos os julgados dos tribunais, impedindo que cada um deles seja produzido sem que se considerem os demais e que passe a integrar o sistema isoladamente. Nesse contexto, a promoção da uniformidade como dever dos tribunais, e sua principal função estruturante, impõe a estes a necessidade de, ao detectarem divergência jurisprudencial, promovam sua eliminação (MONNERAT, 2019, p. 62).

Em complemento ao dever de uniformização, o CPC/2015 estabelece no §2º, do art. 926, bem como nos artigos 976 e 947, o dever de formalização dos entendimentos uniformes, sendo a jurisprudência formalizada compreendida como aquela formalmente enunciada em súmula ou consagrada em um precedente

⁴ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

qualificado, ambos produzidos em procedimentos especificamente voltados à consagração de uma tese (MONNERAT, 2019, p. 67).

Nota-se, portanto, que a previsão das súmulas no CPC/2015 está intrinsecamente relacionada ao dever de uniformização e de formalização dos entendimentos uniformes pelos tribunais superiores, o que reitera a noção desse instituto como fonte de padronização da jurisprudência.

Nessa lógica, o art. 927 do CPC elenca o rol de pronunciamentos vinculantes obrigatórios, ou precedentes vinculantes, quais sejam, a) as decisões do STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade; b) as súmulas vinculantes; c) os precedentes qualificados formados nos procedimentos de incidente de assunção de competência e julgamentos de casos repetitivos e no julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida; d) as súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e e) os julgamentos proferidos pelo plenário ou órgãos especiais dos tribunais.

Os precedentes vinculantes são de aplicação obrigatória, não podendo o órgão jurisdicional a ele vinculado, em casos nos quais sua eficácia vinculante se produza, deixar de aplicá-lo e decidir de forma distinta. Tal conceito, vale apontar, é distinto da definição de precedentes não vinculantes (persuasivo ou argumentativo), que são meramente argumentativos, e não podem ser ignorados pelos órgãos jurisdicionais, os quais, porém, podem decidir de modo distinto, desde que a decisão seja devidamente fundamentada (CÂMARA, 2022, p. 449).

Destaca-se que apesar de reunidos no art. 927 do CPC, a natureza e a força vinculante de tais pronunciamentos são distintos, inclusive no que tange às súmulas vinculantes e as súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional.

Os dois primeiros incisos do art. 927 tratam das decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmulas vinculantes. As decisões proferidas em controle concentrado, decorrem do art. 102, § 2º, da CRFB⁵. Já as súmulas vinculantes, inseridas como fonte formal do direito

⁵ Art. 102 da CRFB. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

processual, em decorrência da Emenda Constitucional 45/2004, amparam-se pelo art. 103-A da CRFB⁶ (ALVIM, 2017, p. 1085).

No que diz respeito ao julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, o CPC/2015 apenas explicita hipóteses de garantia de autoridade de decisões do STF e do STJ, em consonância aos arts. 102, I, i, e 105, I, f, da CRFB⁷. Já os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, também devem ser seguidos pelos juízes e tribunais, com apoio não em dispositivos expressos da CRFB, mas sim em princípios como os da segurança jurídica e isonomia (ALVIM, 2017, p. 1085).

Os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e das súmulas do STJ em matéria infraconstitucional, igualmente têm amparo nos arts. 102, I, i, e 105, I, f, da CRFB/1988, pois são consequência de decisões reiteradas de tais Cortes. Por fim, o inc. V, do art. 927, do CPC estabelece que a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes estiverem vinculados também deve ser por eles seguida (ALVIM, 2017, p. 1085).

Para fins de melhor compreensão do presente trabalho, cabe ressaltar as características que diferenciam as súmulas proferidas pelo STF e STJ, chamadas de súmulas simples, processuais ou persuasivas, e as súmulas vinculantes, conforme se passa a expor.

Inicialmente, aponta-se que a jurisprudência sumulada se divide, conforme tenha ou não eficácia obrigatória. O primeiro caso se trata da súmula vinculante, definida no art.103-A da CRFB, enquanto o segundo caso se refere às demais súmulas, que mesmo emitidas pelo STF e pelo STJ têm eficácia persuasiva ou não obrigatória (MANCUSO, 2010, p. 149).

⁶ Art. 103-A da CRFB. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

Ademais, consoante critério utilizado por Bruno Dantas, a súmula vinculante e a súmula persuasiva se diferem em razão dos seguintes aspectos: objetivo, quorum de deliberação, forma de revisão, cancelamento e proposição dos enunciados e instrumento de impugnação (2008, p. 5).

Ressalta-se que em pese tal autor faça exclusivamente a diferenciação entre as súmulas vinculantes e as súmulas proferidas pelo STF, na sequência serão analisadas também, com os mesmos parâmetros, as súmulas do STJ, as quais são o foco do presente trabalho.

O primeiro ponto de distinção diz respeito ao objetivo. A súmula processual se dirige a reunir os entendimentos firmados pelos tribunais superiores, podendo, em tese, versar indistintamente sobre qualquer questão sob sua jurisdição. Já a súmula vinculante, editada somente pelo STF, possui contornos mais rígidos, pois deve se enquadrar nos requisitos previstos no §1º do art. 103-A da CRFB⁸, quais sejam, versar sobre a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, sobre as quais paire controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário ou entre estes e a Administração Pública e, dessa controvérsia, exsurgir grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (DANTAS, 2008, p. 5).

No que tange ao quorum para deliberação, o *caput* do art. 103-A da CRFB se refere a aprovação de súmulas vinculantes a partir de decisão tomada por dois terços dos membros do STF⁹.

Quanto às súmulas processuais, o Regimento Interno do STF e do STJ preveem maioria absoluta dos membros, conforme os seguintes dispositivos:

Art. 102, RISTF. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta.

Art. 122, RISTJ. A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

⁸ Art. 103-A, § 1º, da CRFB. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

⁹ Art. 103-A da CRFB. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º Poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes.

Quanto a forma de revisão e cancelamento de enunciados, o art. 102, §1º, do RISTF, prevê que esta hipótese será deliberada em Plenário, por maioria absoluta, e o RISTJ, no art. 125, §3º, prevê a deliberação na Corte Especial ou nas Seções, por maioria absoluta dos seus membros, com a presença de, no mínimo, dois terços de seus componentes¹⁰. Por sua vez, em relação à súmula vinculante, a Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, prevê o procedimento específico para edição, revisão e cancelamento da súmula constitucional.

Além disso, as súmulas processuais podem ser propostas pelos ministros dos tribunais superiores, conforme art. 103 do RISTF e art. 125 do RISTJ. Já em relação às súmulas vinculantes, a Constituição enunciou um rol mínimo de legitimados para provocar a edição, a revisão e o cancelamento de enunciados, consoante o art. 103-A, §2º, e art. 103, ambos da CRFB¹¹.

Por fim, cabe apontar como particularidade da súmula constitucional o fato de que a decisão ou o ato administrativo que a contrariar se torna suscetível de impugnação por reclamação dirigida diretamente ao STF (DANTAS, 2008, p. 5).

Em suma, as súmulas sintetizam a posição dos tribunais superiores a respeito de matérias específicas, por meio da fixação de enunciados publicados em número de ordem. A introdução desse instituto no direito brasileiro foi motivada principalmente pela busca de celeridade na prestação jurisdicional, segurança

¹⁰ Art. 125, § 3º, RISTJ. A alteração ou o cancelamento do enunciado da súmula serão deliberados na Corte Especial ou nas Seções, conforme o caso, por maioria absoluta dos seus membros, com a presença de, no mínimo, dois terços de seus componentes.

¹¹ Art. 103-A, § 2º, CRFB. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

jurídica e previsibilidade, bem como pelo princípio da igualdade. Além disso, a súmula é uma fonte de uniformização jurisprudencial, sendo assim tem a função de gerar maior estabilidade na jurisprudência e de facilitar o trabalho dos operadores do direito.

Atualmente a jurisprudência sumulada está prevista no art. 927 do CPC/2015, juntamente com os demais pronunciamentos vinculantes, se dividindo entre súmula persuasiva e súmula vinculante. Apesar de ambas serem fontes de uniformização da jurisprudência, apresentam diversas peculiaridades, no que se refere principalmente ao objetivo, quorum de deliberação, forma de revisão, cancelamento e proposição dos enunciados e instrumento de impugnação.

3 AS SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Este capítulo tem por objetivo identificar as súmulas de conteúdo penal elaboradas pelo Superior Tribunal de Justiça que tenham influência sobre a aplicação da pena. A seleção das súmulas ocorreu com base na organização jurisprudencial deste Tribunal Superior, realizada por *ramos do direito*, pela Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹², a qual indica quais dos enunciados se trata de “*DIREITO PENAL - APLICAÇÃO DA PENA*” (BRASIL, 2023, p. 10). Ademais, pretende-se verificar quais os efeitos produzidos com a aplicação das súmulas, bem como confrontar tais efeitos com o princípio da individualização.

3.1 DAS SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição Federal de 1988 para assumir algumas das competências do STF, que estava sobrecarregado, e também para unificar a interpretação da lei federal no Brasil. Isso pois, até a criação do STJ, era comum haver decisões fundamentalmente opostas sobre um mesmo dispositivo legal, editadas por Tribunais de Justiça de estados diversos, visto que nem sempre as questões normativas chegavam ao STF (MOTTA, 2021, p. 781).

Nesse contexto, cumpre esclarecer que a composição e as competências do STJ estão definidas nos artigos 104 e 105 da CRFB, e demais disposições quanto ao funcionamento do tribunal estão previstas no Regimento Interno do STJ.

Como apontado no capítulo anterior, a elaboração das súmulas dos tribunais superiores se dá na forma prevista nos seus Regimentos Internos (art. 926, § 1º, CPC), bem como incumbe a estes regularem o procedimento a ser observado para alteração ou cancelamento de enunciados (CÂMARA, 2022, p. 446).

No que se refere especificamente às súmulas do STJ, suas disposições estão previstas entre os artigos 122 e 127 do RISTJ. Ainda, consoante os conceitos de

¹² Disponível em:

https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/RamosDoDireito/SumulasS TJ_Ramos.pdf

súmula supramencionados, o art. 122 do RISTJ define que a Súmula se dirige a compendiar a jurisprudência firmada pelo Tribunal (BRASIL, 2023, p. 84).

Nesse âmbito, tem-se que o STJ elaborou, até o dia 1º de outubro de 2023, quando realizada a última verificação dos enunciados para esta pesquisa, 662 (seiscentos e sessenta e duas) súmulas, com 27 (vinte e sete) dessas enunciações tendo sido revogadas pela própria Corte.

Dentre as súmulas vigentes, a presente pesquisa irá analisar aquelas de conteúdo penal que se relacionam à aplicação da pena, conforme organização da base de dados jurisprudencial do Tribunal Superior, realizada por *ramos do direito*, pela Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹³.

Cabe esclarecer que o documento elaborado pelo STJ elenca 15 (quinze) súmulas a respeito da aplicação de pena. Entretanto, a Súmula 174 não foi abordada, tendo em vista seu cancelamento pela Terceira Seção no julgamento do REsp 213.054/SP, na sessão de 24/10/2001 (STJ, 2023, p. 963).

Nesse sentido, passa-se a elencar as 14 (quatorze) súmulas vigentes de Direito Penal sobre aplicação da pena, citando o número de ordem e o enunciado correspondente de cada uma delas.

Tabela 1 - Súmulas do STJ sobre aplicação da pena

Súmula do STJ	Enunciado
171	<i>Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.</i>
231	<i>A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.</i>

Fonte: elaborada pelo autor

¹³ Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/RamosDoDireito/SumulasS TJ_Ramos.pdf

Tabela 1 - Súmulas do STJ sobre aplicação da pena

Súmula do STJ	Enunciado
241	<i>A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.</i>
269	<i>É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.</i>
440	<i>Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.</i>
442	<i>É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo.</i>
443	<i>O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.</i>
444	<i>É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.</i>

Fonte: elaborada pelo autor

Tabela 1 - Súmulas do STJ sobre aplicação da pena

Súmula do STJ	Enunciado
545	<i>Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.</i>
587	<i>Para a incidência da majorante prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados da Federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual.</i>
607	<i>A majorante do tráfico transnacional de drogas (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006) configura-se com a prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras.</i>
630	<i>A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.</i>
636	<i>A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência.</i>

Fonte: elaborada pelo autor

Tabela 1 - Súmulas do STJ sobre aplicação da pena

Súmula do STJ	Enunciado
659	<i>A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações.</i>

Fonte: elaborada pelo autor

Da análise dos enunciados constantes na tabela, verifica-se que a Súmula 171 se refere à substituição da pena privativa de liberdade (art. 43 e art. 44 do CP), as Súmulas 269 e 440 se referem ao regime de cumprimento de pena (art. 33 e seguintes do CP) e as demais abordam questões pertinentes à dosimetria penal (art. 59 e seguintes do CP).

Em consonância ao entendimento que afirma que as súmulas são a representação formal da jurisprudência pacífica ou dominante (MONNERAT, 2019, p. 56), os enunciados listados representam a jurisprudência consolidada a respeito de matérias que se associam à aplicação da pena.

Embora represente a jurisprudência do tribunal, destaca-se que as súmulas são caracterizadas como um *princípio argumentativo*, pois incumbe ao juiz ou tribunal justificar a aplicação do padrão decisório anteriormente firmado, isto é, demonstrar através de fundamentação analítica a sua aplicação no caso concreto. Caso contrário, a decisão judicial é considerada não fundamentada, nos termos do art. 489, § 1º, V, do CPC e art. 315, §2º, V, do CPP¹⁴ (CÂMARA, 2022, p. 453).

¹⁴ Art.489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

Art. 315,§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

Para Rodolfo Mancuso, os paradigmas jurisprudenciais, como as súmulas, têm os objetivos de assegurar tratamento isonômico a casos semelhantes; reduzir a carga de processos nos Tribunais com o agrupamento de ações de mesma matéria, que possam receber soluções análogas de acordo com a súmula aplicável; reduzir a duração dos processos, na medida em que a existência de súmula sobre a matéria litigiosa torna razoavelmente previsível o resultado da demanda; e por fim, possibilitar aos julgadores a disponibilidade de maior tempo para estudo de casos mais complexos e singulares (2010, p. 429).

No mesmo sentido, Alexandre Câmara afirma que o sistema de padrões decisórios vinculantes, assentado no art. 927 do CPC, o qual contempla as Súmulas editadas pelo STJ, é criado para assegurar que casos iguais recebam decisões iguais (2022, p. 455).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a aplicação das súmulas tem a função conferir um tratamento isonômico na resolução de conflitos, a partir da padronização das decisões judiciais realizada de forma fundamentada. Portanto, as Súmulas do STJ a respeito da aplicação da pena tem o encargo de atribuir tratamentos iguais àqueles casos nos quais os enunciados são aplicáveis.

Em relação à igualdade ou isonomia, ressalta-se que ainda que o princípio da igualdade não seja uma norma constitucional penal, é princípio constitucional influente em matéria penal (LIMA, 2012, p. 59).

Para Álvaro Melo Filho, o princípio da isonomia ou igualdade está previsto no art. 5º, *caput*, da CRFB¹⁵ e ocupa uma posição de proeminência no texto constitucional, visto que este dispositivo enuncia a igualdade antes dos demais direitos enumerados no dispositivo. O autor explica que tal princípio apresenta diversos significados, variáveis no tempo:

Por exemplo, o de Raneletti, ao declarar que por “igualdade” se entende igualdade jurídica, isto é, na condição jurídica do cidadão, não igualdade material, de fato, porque aqueles que a natureza faz desiguais não quer o Direito, e nem está no poder dos homens, tornar iguais (Instituzioni, pp. 95-96); o de Ruffia, quando ensina que o princípio da igualdade deve ser entendido como um nivelamento mecânico de todos os cidadãos, mas como paridade jurídica potencial, de todos os membros da coletividade estatal, como igual tratamento de iguais, e desigual tratamento dos desiguais, na realidade da vida prática (Lo Stato democratico moderno, p. 667); ou ainda o de Dabim, quando lapidarmente acentua que “a justiça

¹⁵ Art. 5º, CRFB. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

distributiva, ou, segundo a linguagem dos juristas, o princípio da igualdade perante a lei, deve entender-se não como uma igualdade quantitativa, considerando-se iguais, ou melhor, idênticos todos os cidadãos, devendo, portanto receber todos os mesmos tratamentos, mas como uma igualdade proporcional, sendo cada um chamado a participar da distribuição, de acordo com certas regras gerais válidas para todos, mas tiradas da condição das pessoas, de tal sorte que a situações diversas, ou desiguais, correspondam tratamentos proporcionalmente diversos ou desiguais” (Teorie Générale de L’Etat, p.434) [...]. (FILHO, 1994, p. 2)

Além disso, o princípio da isonomia pode ser categorizado como formal e material. A igualdade formal se dá quando satisfeita a identidade de direitos e deveres entre pessoas outorgados pelos textos legais, enquanto a igualdade material leva em consideração as condições concretas em razão das quais exercitam os direitos e os deveres (FILHO, 1994, p. 3)

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso, afirma que a igualdade puramente formal se traduz no fato de que *“todos são iguais perante a lei”*, já a igualdade material se projeta nas diferenças que separam os homens em concepções políticas distintas e ideologias antagônicas, equiparando todos em relação aos bens da vida. (1987, p. 65)

Portanto, o conteúdo jurídico do princípio da isonomia consiste em definir em que hipótese é imperativa a equiparação e em que casos é válido o estabelecimento das desigualdades (MELO FILHO, 1994, p. 3).

Dessa forma, tem-se que as súmulas, pertencente ao sistema de padrões decisórios, têm como um de seus objetivos assegurar tratamento isonômico a casos semelhantes, isto é, ser um elemento a tornar efetivo o princípio da igualdade.

3.2 DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Ao analisar o processo histórico da individualização da pena, Cezar Roberto Bitencourt explica que na Idade Média o regime penal não estabelecia limites para a determinação da sanção penal, o que acarretava o excessivo poder dos juízes, exercido arbitrariamente, *em detrimento da Justiça e a serviço da tirania medieval*. À vista desse contexto, a resposta inicial do Direito Penal moderno à arbitrariedade judicial da época foi a adoção da *pena fixa* que correspondia exatamente ao injusto praticado (2022, p. 832).

Ocorre que se a pena totalmente indeterminada concedia um excesso de discricionariedade ao julgador, com potenciais prejuízos aos direitos fundamentais

do indivíduo, uma pena completamente determinada também limitaria a capacidade do juiz de adequá-la à natureza do delito e ao autor, de acordo com a situação concreta (BITENCOURT, 2022, p. 832).

Nesse cenário, surgiu a concepção de que o juiz poderia dosar a pena, com a promulgação do Código Penal francês de 1810, o qual estabeleceu limites mínimo e máximo dentro dos quais a pena poderia variar. Essa concepção foi o ponto de partida para as legislações modernas, definindo os parâmetros dentro dos quais o juiz deve, de forma fundamentada, estabelecer a pena apropriada para o caso concreto, em um processo de individualização da pena (BITENCOURT, 2022, p. 832).

Em um Estado Democrático de Direito, portanto, as penas devem ser proporcionais à ação praticada, sendo sua execução individualizada às condições do condenado. Nesse sentido, a Constituição Federal prevê expressamente no art. 5º, inciso XLVI, XLVIII e L, o princípio da individualização da pena¹⁶ (PASCHOAL, 2015, p. 95).

Desse contexto, o princípio da individualização é definido como o princípio de justiça segundo o qual se deve distribuir a cada indivíduo o que lhe cabe, conforme as circunstâncias específicas do seu comportamento. Em outros termos, a aplicação da pena deve levar em conta os aspectos subjetivos e objetivos do crime, e não somente a norma penal em abstrato (MASSON, 2019, p. 127).

O princípio em questão se desenvolve em três planos: legislativo, judicial e administrativo. Na esfera legislativa, a individualização da pena é concretizada quando o legislador descreve o tipo penal e estabelece as sanções adequadas, indicando precisamente seus limites, mínimo e máximo, e também as circunstâncias aptas a aumentar ou diminuir as reprimendas cabíveis (MASSON, 2019, p. 128).

Já a individualização judicial ocorre quando o magistrado aplica a pena no caso concreto, utilizando-se dos instrumentos fornecidos pelos autos da ação penal,

¹⁶ XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

em obediência ao sistema trifásico estabelecido no art. 68 do CP¹⁷. Por sua vez, a individualização administrativa é efetuada durante a execução da pena, quando o Estado deve zelar por cada condenado de forma singular e garantir a efetivação das finalidades da pena (MASSON, 2019, p. 128).

Nesse sentido, tendo em vista as esferas de individualização da pena e a característica de cada uma delas, tem-se que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois indivíduos. Sendo assim, a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez (NUCCI, 2023, p. 67).

Ressalta-se que o processo de aplicação da pena depende da discricionariedade judicial, ainda que atrelada à devida fundamentação e aos parâmetros legais, permitindo a apreciação dos vários elementos contidos na lei penal, no intuito de tornar específica e detalhada a individualização da pena (NUCCI, 2023, p. 67).

A função individualizadora decorre da incapacidade das leis de contemplarem todas as possíveis situações fáticas capazes de influenciar a determinação da pena. Sendo assim, confere-se ao magistrado o poder de atribuir concretude a uma hipótese legal abstrata, evitando tanto a rigidez excessiva da função judicial devido a um legalismo extremo quanto a discricionariedade judicial, sem estabelecer limites democráticos à sua atuação (ROIG, 2015, p. 107).

No que se refere ao plano judicial da individualização da pena, cabe ao órgão julgador promover a concretização de tal princípio a partir do exame da gravidade do fato e da culpabilidade do agente. Nesse processo, por meio de fundamentação válida, o magistrado pode definir a pena de prisão ou de multa a ser aplicada; dosar a quantidade de pena aplicada na medida da culpabilidade de cada agente; fixar o regime prisional em que o condenado deverá iniciar cumprimento da pena; e se possível, substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou conceder o *sursis* (ROSSETTO, 2014, p. 112).

Nesta etapa, nos termos de Rogério Greco, cabe ao juiz do processo de conhecimento aplicar àquele que praticou um fato típico, ilícito e culpável uma

¹⁷ Art. 68 do CP. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

sanção penal que seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (2023, p. 604).

Ainda no plano judicial, no julgamento do AgRg no AREsp 1.395.427/SP, o STJ apontou os deveres dos julgadores ao individualizar a pena:

Quanto à dosimetria, é cediço que o órgão julgador deve, ao individualizar as penas, examinar com acuidade os elementos, empíricos e subjetivos, que contornam a empreitada criminosa, obedecidas e sopesadas – com certo grau de discricionariedade – as circunstâncias judiciais; eventuais agravantes e atenuantes e, por fim, causas de aumento e de diminuição incidentes, na forma do art. 68, caput, do Código Penal, para aplicar, de forma proporcional e fundamentada, a reprimenda necessária e suficiente à reprovação do crime (STJ, AgRg no AREsp 1.395.427 / SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 10/09/2019).

A pena individualizada, portanto, consiste em tratar o agente como um indivíduo único que cometeu um fato típico cujas peculiaridades devem ser analisadas (ESTEFAM, 2022, p. 444).

Ademais, a relevância deste princípio é evidente na medida que, além de ser aplicado tanto na esfera legislativa quanto nas esferas judicial e administrativa, constitui fundamento de importantes precedentes dos Tribunais Superiores.

A título de exemplo, cita-se o HC 82.959/SP, julgado em 23 de fevereiro de 2006, tendo como Relator o Min. Marco Aurélio de Mello, no qual o STF, em Plenário, declarou a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, pois a vedação de progressão de regime para crimes hediondos, prevista na norma impugnada, afronta o direito à individualização da pena.

No mesmo sentido ocorreu no julgamento do HC 111.840/ES, de relatoria do Min. Dias Toffoli, no qual o STF declarou, em Plenário, a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para crimes hediondos, nos termos do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, por ofensa à garantia constitucional da individualização da pena.

Na mesma lógica ainda, no julgamento do HC 97.256/RS, o STF declarou inconstitucional a proibição de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos no delito de tráfico de drogas, por violação ao princípio da individualização da pena, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE

LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. [...]

Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal.

Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente. (HC 97.256/RS, Relator(a): Min. Ayres Britto, Plenário, julgado em 01/09/2010, DJe 16/12/2010).

Dessa forma, observa-se que o princípio da individualização da pena possui extrema relevância no âmbito penal, pois, especialmente na esfera judicial, permite a ponderação de uma reprimenda justa de acordo com as peculiaridades do caso concreto, levando em conta a gravidade do fato e a culpabilidade do agente.

3.3 DOS IMPACTOS DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENA

Conforme enunciado supracitado, a Súmula 231 do STJ estabelece que “*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

Tal enunciado foi tema de debate recente no âmbito do STJ, visto que o Ministro Rogério Schietti Cruz, Relator nos autos do Recurso Especial n. 1.869.764/MS, do Recurso Especial n. 2.052.085/TO, e do Recurso Especial n. 2.057.181/SE, convocou uma audiência pública, realizada no dia 17 de maio de 2023, nos termos dos artigos 185 e 186 do RISTJ e 927, §2º, do CPC, acerca da eventual proposta de cancelamento ou alteração da Súmula 231 do STJ¹⁸.

¹⁸ Edital para convocação de audiência pública nº 1/2023-3S. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=16756&seq_documento

De acordo com o edital de convocação, a audiência procurou reunir profissionais do Direito, como membros dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal, membros da magistratura e membros das Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal, para ampliar o debate sobre o enunciado da referida súmula (BRASIL, 2023, p. 1).

Dada a recente discussão sobre o tema, serão analisados alguns dos pontos controvertidos que envolvem o enunciado em questão, dentre eles, os argumentos que se referem à violação ou não ao princípio da individualização da pena e ao princípio da legalidade.

Para parte da doutrina, favorável ao enunciado da Súmula 231 do STJ, a fixação da pena abaixo do mínimo legal é incorreta, pois as atenuantes, previstas no art. 65 do CP¹⁹, não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo previsto em lei (NUCCI, 2023, p. 429).

Segundo este argumento, quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a operar dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição, que, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito (NUCCI, 2023, p. 429).

Nessa perspectiva, as atenuantes genéricas, ainda que presentes no caso concreto, serão ineficazes quando a pena-base for fixada no mínimo legal, pois, como não integram a estrutura do tipo penal, e não tiveram o percentual de redução previsto expressamente pelo legislador, a aplicação da pena fora dos parâmetros legais representaria intromissão indevida do poder judiciário no legislativo (MASSON, 2019, p. 969).

[=36117633&data_pesquisa=12/04/2023&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento&ids=36105630%2c36104996%2c36089485%2c36089145%2c36089474%2c36117633](#)

¹⁹ 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 consequências, 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.

Tal posicionamento não é defendido somente na doutrina. Destaca-se que, em sessão plenária, no julgamento do RE 597.270/RS, de repercussão geral (Tema 158), o STF se manifestou pela impossibilidade de fixação da pena privativa de liberdade abaixo do mínimo legal na hipótese de existir apenas atenuantes ou atenuantes genéricas.

O Ministro relator Cezar Peluso argumentou no sentido de que é certo que o art. 65 do Código Penal prevê que as circunstâncias ali citadas *sempre atenuam a pena* e, nesse sentido, as atenuantes sempre devem ser levadas em consideração, ainda que não gerem nenhum impacto na fixação da pena. Porém, as atenuantes não devem reduzir a reprimenda aquém do mínimo legal (BRASIL, 2009, p. 5).

Na sequência, o Ministro afirma que, caso a Corte permitisse esta possibilidade, poderíamos passar a um regime jurídico em que a discricionariedade conduziria a que se aplicasse pena sem nenhum significado político criminal, visto que cada juiz definiria a pena para cada crime. Assim, em suma, o Plenário concluiu que, nos termos do voto do Ministro Eros Grau, o qual acompanhou o voto do relator, *“não se pode substituir a legalidade em matéria penal por uma discricionariedade atribuída ao juiz”* (BRASIL, 2009, p. 6).

Por outro lado, parte da doutrina defende que o entendimento sedimentado pela Súmula 231 do STJ é contrária à lei, porque o art. 65 do CP não excepciona sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal. Pelo contrário, o dispositivo afirma, categoricamente, que *são circunstâncias que sempre atenuam a pena* (GRECO, 2023, p. 606).

Para apontar que tal questão tem importante repercussão prática, Rogério Greco cita o seguinte exemplo na aplicação de uma pena hipotética:

Suponhamos que o agente, menor de 21 anos à época dos fatos, tenha praticado um delito de furto simples. O juiz, após analisar individualmente todas as circunstâncias judiciais, decide aplicar a pena-base em seu mínimo legal, vale dizer, um ano de reclusão. No segundo momento, verifica que nos autos foi comprovada a sua menoridade por intermédio de documento próprio e que não existem circunstâncias agravantes. Para a maioria de nossos doutrinadores, como também para o STJ, a pena-base não poderia ser reduzida aquém do seu mínimo, devendo, em flagrante desrespeito ao art. 65 do Código Penal, ser desprezada a circunstância atenuante prevista no inciso I do mencionado artigo. Se fosse aplicada, conforme determina a lei, a redução pela circunstância atenuante, em um mês por exemplo, a pena, nesse segundo momento, seria inferior a um ano. Somente a título de raciocínio, imaginemos que no caso concreto não houvesse causas de aumento ou diminuição de pena, que seriam observadas no terceiro instante da aplicação da pena, e a pena final fosse

determinada em onze meses de reclusão. De acordo com o inciso V do art. 109 do Código Penal, a pena igual a um ano, ou, sendo superior, não excedente a dois, prescreve em quatro anos; se inferior a um ano, a prescrição ocorrerá em 3 (três) anos, conforme determina o inciso VI, do citado art. 109, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010. No caso tido como exemplo, como o agente era menor de 21 anos de idade, nos termos do art. 115 do Código Penal, o prazo prescricional deve ser reduzido pela metade. Assim, se aplicada pena de onze meses, obedecida a redução pela circunstância atenuante, o seu prazo prescricional seria de um ano e meio, o qual dificilmente não ocorreria entre os marcos interruptivos da prescrição.

Ademais, conforme explica Cezar Roberto Bitencourt, o entendimento de que a circunstância atenuante não pode levar a pena para aquém do mínimo cominado ao delito partiu de interpretação analógica, baseada na proibição que constava no texto original do parágrafo único, do art. 48 do Código Penal de 1940²⁰, não repetido na Reforma Penal de 1984 (Lei n. 7.209/84) (2022, p. 848).

Tal dispositivo disciplinava uma causa especial de diminuição de pena (quando o agente quis participar de crime menos grave), mas impedia que ficasse abaixo do mínimo cominado ao tipo. Todavia, nem mesmo essa redação do Código Penal estendia esta previsão às circunstâncias atenuantes, ao contrário do que entendeu a interpretação posterior à sua revogação. Na opinião de Bitencourt, a não aplicação do art. 65 do CP, para evitar que a pena fique aquém do mínimo cominado, não configura interpretação analógica, mas verdadeira analogia (2022, p. 848).

Dessa forma, para os críticos à Súmula 231 do STJ, deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena abaixo do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada (BITENCOURT, 2022, p. 848).

Ainda sobre a plena eficácia do art. 65, *caput*, do Código Penal, em parecer para a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim), convidada a participar da supracitada audiência pública, Salo de Carvalho afirma que no conflito entre uma norma penal restritiva de direitos fundamentais (limitando as penas) e outra que amplia as liberdades (determinando sempre a redução da pena), esta tem prevalência e soluciona a contradição. A primazia do art. 65, *caput*, sobre o art. 59,

²⁰ Art. 48, 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.

II, do Código Penal²¹ assegura o direito fundamental a uma pena justa, proporcional e individualizada, diante do risco de excesso no poder punitivo (2023, p. 18).

Seguindo essa lógica, a Súmula em questão violaria expressamente o princípio da individualização da pena, pois impossibilita a aplicação de um direito legal garantido ao acusado em virtude de um entendimento jurisprudencial (CASTRO, 2023, p. 3).

Além disso, há quem sustente que a proibição de reduzir a pena abaixo do limite mínimo cominado, na hipótese de circunstâncias atenuantes obrigatórias, constitui analogia *in malam partem*, fundada na proibição de circunstâncias agravantes excederem o limite máximo da pena cominada (SANTOS, 2014, p. 564).

Da mesma maneira que há na jurisprudência manifestações em prol da Súmula 231 do STJ, há manifestações críticas ao enunciado em questão, em busca de uma aplicação do Direito Penal menos autoritário, a exemplo da Desembargadora Rosana Andriguetto de Carvalho, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (MOTTA, p. 8, 2020). Extraí-se trecho do voto da Desembargadora no julgamento da Apelação Criminal n. 275492-5:

“a tarefa do juiz, na sentença, é a de individualizar a pena. Mas se a pena mínima não puder ser ultrapassada (em virtude de um posicionamento doutrinário e jurisprudencial equivocado, claramente presunçoso e inconstitucional), colocar-se-á numa vala comum incontáveis condenados que contam com situações diferentes. Isso implica séria violação ao princípio da igualdade (assim como profundo desrespeito ao valor justiça, que é o valor meta do Estado Constitucional e Democrático de Direito)”.

Nota-se, portanto, que existem posicionamentos opostos, tanto na jurisprudência quanto na doutrina a respeito do enunciado da Súmula 231 do STJ e a necessidade ou não de sua revisão pela Corte Superior.

Dessa discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da Súmula 231 do STJ, especialmente no que concerne à individualização, surge a necessidade de avaliar as demais súmulas do STJ na aplicação da pena.

²¹ Art. 59, II, do CP - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

4 ANÁLISE DE PRECEDENTES E DECISÕES JUDICIAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O capítulo derradeiro desta pesquisa se destina a examinar julgados penais nos quais as súmulas selecionadas no capítulo anterior são adotadas para fundamentar a decisão judicial, com a finalidade de identificar a influência das súmulas do Superior Tribunal de Justiça na aplicação da pena. Foram analisadas, no total, 13 (treze) decisões judiciais deste Tribunal Superior, as quais foram selecionadas no dia 1º de outubro de 2023, com base na atualidade das decisões em relação a esta data, conforme melhor especificado no sub tópico relativo a considerações metodológicas.

4.1 DAS CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

Como já esclarecido, a súmula é um resumo da jurisprudência dominante de um tribunal. Ocorre que na análise de súmulas não se deve indicar apenas o enunciado, mas também as decisões, denominadas precedentes, em que tal matéria foi enfrentada e decidida, que influenciaram a conclusão do enunciado (CÂMARA, 2022, p. 445).

Nesse sentido, inicialmente serão elencados os precedentes que serviram de base para cada súmula listada na etapa anterior, as quais se referem à aplicação da pena, sendo 14 (quatorze) súmulas no total²². Posteriormente, serão examinadas decisões judiciais cujo conteúdo esteja relacionado com as súmulas em questão.

Para a pesquisa jurisprudencial, foi utilizada a ferramenta de pesquisa jurisprudencial do STJ²³. Para filtrar os acórdãos referentes às mencionadas súmulas, foi inserida na barra de pesquisa a palavra “súmula”, o número do enunciado correspondente e o termo “do STJ”.

Em virtude deste procedimento não indicar nenhum acórdão relativo às Súmulas 442, 587 e 607 do STJ, para filtrar as decisões referentes a estes

²² As informações acerca dos precedentes foram retiradas do documento disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/RamosDoDireito/SumulasS TJ_Ramos.pdf

²³ Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>

enunciados, foi inserido na barra de pesquisa somente o termo “súmula” e o número de ordem correspondente.

Após, foi selecionado para análise o acórdão publicado mais recente à data da coletânea, qual seja, dia 1º de outubro de 2023.

Após a coleta de dados, foi aplicada a técnica de análise de conteúdo das decisões com a finalidade de identificar a influência das súmulas na aplicação da pena. Ressalta-se que foram apontados neste capítulo exclusivamente os argumentos das decisões judiciais que se referem à incidência das súmulas que estão em discussão.

Especificamente em relação à Súmula 659 do STJ, cumpre esclarecer que devido a sua publicação em setembro de 2023 e a seleção de julgados para o presente trabalho ter ocorrido em 1º outubro de 2023, ao utilizar a ferramenta de jurisprudência, conforme metodologia mencionada, não foram encontrados acórdãos para a análise, razão pela qual não foi examinado qualquer julgado em relação a este enunciado.

Portanto, foram apreciados 13 (treze) julgados penais no total.

4.2 SÚMULA 171 do STJ

A Súmula 171 foi proferida em 23/10/1996, DJe 31/10/1996, pela Terceira Seção do STJ e estabelece que *“cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”*.

O Tribunal Superior utilizou dos seguintes precedentes para o enfrentamento do tema: REsp 72424/SP, Rel. José Arnaldo, Quinta Turma, j. 13/08/1996, DJe 02/09/1996; REsp 45540/SP, Rel. William Patterson, Sexta Turma, j. 31/10/1995, DJe 12/02/1996; REsp 60569/SP, Rel. Edson Vidigal, Quinta Turma, j. 30/08/1995, DJe 02/10/1995; REsp 46264/SP, Rel. Anselmo Santiago, Sexta Turma, j. 22/05/1995, DJe 19/06/1995; REsp 49241/SP, Rel. José Dantas, Quinta Turma, j. 17/08/1994, DJe 21/11/1994; REsp 36797/SP, Rel. Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, j. 14/09/1993, DJe 11/10/1993 e REsp 32161/SP, Rel. Flaquer Scartezini, Quinta Turma, j. 12/05/1993, DJe 31/05/1993.

Conforme metodologia supramencionada, será discutido a seguir o AgRg no HC 771210/SC, que apresenta a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO. FURTO QUALIFICADO PRIVILEGIADO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITO E MULTA. MANTIDA A FUNDAMENTAÇÃO APRESENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. INADEQUAÇÃO AO CASO CONCRETO. CRIME APENADO COM RECLUSÃO E MULTA. SÚMULA N. 171 DESTA CORTE. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA.

1 - Ao contrário do que afirma a defesa, não há ilegalidade na decisão ora agravada, que manteve a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

2 - Reafirmo que deve ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, posto que devidamente fundamentada, tendo o Tribunal a quo asseverado que melhor atenderá ao papel da retribuição-prevenção-ressocialização e nos termos da Súmula 171 do STJ, é defeso a substituição da sanção corporal por multa quando cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária.

3 - Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 771.210/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 12/12/2022.)

Da análise do inteiro teor do acórdão, tem-se que o recurso em questão se trata de um agravo regimental interposto pela defesa contra decisão monocrática que manteve a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

A defesa alega que a decisão violou o art. 93, IX, da CRFB²⁴, visto que o Ministro Relator Sebastião Reis Júnior manteve a substituição da pena por duas restritivas de direito, sem fundamentação idônea. Isso pois, considerando que o Paciente possui todas as circunstâncias judiciais valoradas a seu favor, e não há gravidade concreta no crime cometido (furto privilegiado), são necessários fundamentos para aplicação de pena substitutiva menos favorável, o que não ocorreu. Portanto, a defesa requer a substituição da pena por uma restritiva de direitos e multa.

Em decisão colegiada, o STJ decidiu que não houve ilegalidade na decisão agravada, pois o Tribunal *a quo* fundamentou adequadamente a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, considerando o seguinte:

²⁴ Art. 93, IX, CRFB. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

a) nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal²⁵, não há ordem de preferência entre as penas previstas, cabendo ao magistrado fixar a modalidade de substituição de pena que mais se adequa ao caso concreto; b) a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos melhor atende ao papel da “retribuição-prevenção-ressocialização” em comparação ao pagamento de uma “branda multa”; c) a substituição por duas restritivas de direitos encontra óbice na Súmula 171 do STJ; e d) o Paciente responde a quatro ações penais pelo delito de furto e o valor do bem furtado corresponde a 41% do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Por fim, o Ministro Relator afirma que “*não se constitui direito subjetivo do réu escolher, no momento da substituição da pena corporal por restritiva de direitos, se prefere a duas penas restritivas de direito ou uma restritiva de direitos e uma multa*”²⁶.

Observa-se deste acórdão que foram utilizados diversos argumentos para amparar a decisão e manter a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Entre eles, destaca-se o fundamento que diz respeito às ações penais em curso e ao valor da *res furtiva*, pois se atenta às circunstâncias específicas do agente e à gravidade do crime.

Nesse sentido, a Súmula 171 do STJ foi utilizada pelo magistrado como um dos elementos para amparar a condenação e foi associada a elementos do caso concreto.

4.3 SÚMULA 231 do STJ

A Súmula 231, proferida pela Terceira Seção do STJ (julgado em 22/09/1999, DJe 15/10/1999), dispõe que “*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

O STJ empregou os seguintes precedentes para o enfrentamento do tema: REsp 7.287/PR, Rel. William Patterson, Sexta Turma, j. 16/04/91, DJe 06/05/91; Resp 15.691/PR, Rel. Pedro Aciole, Rel. designado Min. Vicente Cernicchiaro, Sexta

²⁵ Art. 44, § 2º. Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

²⁶ AgRg no HC n. 725.262/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 3/5/2022, DJe 6/5/2022.

Turma, j. 01/12/92, DJe 03/05/93; Resp 32.344/PR, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, j. 06/04/93, DJe 17/05/93; Resp 46.182/DF, Rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 04/05/94, Quinta Turma, DJe 16/05/94; Resp 49.500/SP, Rel. Min. Assis Toledo, Quinta Turma, j. 29/06/94, DJe 15/08/94; Resp 146.056/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j.07/10/97, DJe 10/11/97.

Em relação à Súmula 231 do STJ, será analisado o AgRg no HC 835830/MS, cuja ementa é a seguinte:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO PISO LEGAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 231 DO STJ. PRECEDENTES. TERCEIRA FASE. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Ao sentenciar o paciente, o Magistrado asseverou que (e-STJ, fl. 260): Sopesadas essas circunstâncias, fixo sua pena-base em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, sendo cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, pena que torno definitiva pois na segunda fase reconheço a confissão mas a pena já foi fixada no patamar mínimo. Nesse contexto, verifica-se que o entendimento externado pelas instâncias de origem está em harmonia com a atual jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legalmente previsto, é inviável a aplicação de circunstâncias atenuantes, previstas no art. 65, do Código Penal, por força da Súmula 231 do STJ. Precedentes. [...]

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 835.830/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 18/9/2023.)

O caso se trata de um agravo regimental interposto pela defesa contra decisão monocrática que não conheceu do *writ*, pois substitutivo de recurso próprio, e concluiu que as pretensões formuladas pela impetrante eram improcedentes, visto que encontravam óbice na jurisprudência pacificada pelo STJ.

No que tange unicamente ao conteúdo da decisão que se relaciona ao enunciado da Súmula 231 do STJ, tem-se que a defesa alega que é direito do réu ter a reprimenda reduzida diante do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, ainda que disso resulte a imposição de pena abaixo do mínimo legal.

O Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca decidiu que não há ilegalidade a ser sanada no caso em questão. Isso porque, quando da sentença, o magistrado fixou a pena-base do Agravante no mínimo legal do delito de tráfico de drogas, qual seja, 5 anos de reclusão, e portanto, “fixada a pena-base no mínimo

legalmente previsto, é inviável a aplicação de circunstâncias atenuantes, previstas no art. 65, do Código Penal, por força da Súmula 231 do STJ”.

Sendo assim, no que se refere à redução da pena pela incidência da atenuante da confissão espontânea, o único fundamento do agravo regimental é o impedimento estabelecido pela Súmula 231 do STJ.

4.4 SÚMULA 241 do STJ

A Súmula 241 foi proferida em 23/08/2000 pela Terceira Seção do STJ (DJe 15/09/2000) e afirma que *“a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”*.

O Tribunal Superior utilizou dos seguintes precedentes para o enfrentamento da matéria: HC 9219/CE, Rel. Edson Vidigal, Quinta Turma, j. 08/06/1999, DJe 16/08/1999; REsp 160171, Rel. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 13/10/1998, DJe 23/11/1998; REsp 95479/AM, Rel. Anselmo Santiago, Sexta Turma, j. 02/09/1997, DJe 06/10/1997; RHC 3947/SP, Rel. Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, j. 26/09/1994, DJe 28/11/1994.

Quanto à súmula em questão, será debatido o AgRg no HC 658542/ES, ementado da seguinte forma:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES E CORRUPÇÃO ATIVA. INEXISTÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO E DUPLA CONDENAÇÃO PELO MESMO FATO (ART. 333, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. MATÉRIAS NÃO DEBATIDAS NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DO ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE DELITIVA DEMONSTRADA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR DISTINTA DA SOPESADA PARA FINS DE REINCIDÊNCIA. NÃO VIOLAÇÃO DA SÚMULA 241 DO STJ. CULPABILIDADE, CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA DO AGENTE. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. VALORAÇÃO DE VETORES IDENTICOS PARA DELITOS DISTINTOS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...]

6. Ostentando o acusado duas condenações anteriores, das quais uma foi sopesada para elevar a pena-base e outra para fins de reincidência, não há falar em bis in idem e em violação da Súmula 241 do STJ. [...]

9. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 658.542/ES, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 17/3/2023.)

Conforme a ementa, trata-se de agravo regimental interposto pela defesa contra decisão monocrática que concedeu a ordem de *habeas corpus*, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 27 anos, 5 meses e 4 dias de reclusão e ao pagamento de 1.858 dias-multa.

A defesa requer, entre outros pleitos, o afastamento da circunstância judicial dos antecedentes criminais, tendo em vista que não é idôneo o aumento da pena-base em relação a esta circunstância com amparo em ações penais em curso.

O Ministro Relator Ribeiro Dantas entendeu que as instâncias ordinárias apresentaram elementos aptos para justificar a valoração negativa dos antecedentes criminais. Para tanto, o Ministro argumentou que: a) o paciente ostenta duas condenações anteriores das quais uma foi sopesada para elevar a pena-base e a outra para fins de reincidência, inexistindo *bis in idem* e violação à Súmula 241 do STJ; e b) o recurso não foi instruído com folha de antecedentes ou outro documento capaz de corroborar as alegações de que não houve o trânsito em julgado das condenações.

Nesse caso, a defesa não alegou violação expressa à Súmula 241 do STJ. Contudo, o Ministro Relator a utilizou como fundamentação para manter a incidência de duas condenações anteriores na dosimetria da pena, uma delas como agravante e outra como antecedente criminal, conjuntamente ao argumento relativo à folha de antecedentes.

Nota-se, ainda, que o Ministro Relator não examinou se tais condenações são aptas para caracterizar a reincidência e os maus antecedentes com base na data da extinção da pena, conforme art. 64 do Código Penal²⁷.

4.5 SÚMULA 269 do STJ

A Súmula 269, proferida pela Terceira Seção do STJ (julgado em 22/05/2002, DJe 29/05/200), estabelece que “*é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais*”.

²⁷ Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

O Tribunal Superior utilizou dos seguintes precedentes para o enfrentamento do tema: EREsp 182680/SP, Rel. Felix Fischer, Terceira Seção, j. 22/11/2000, DJ 18/12/2000; REsp 203584/SP, Rel. Vicente Leal, Sexta Turma, j. 29/03/2000, DJ 22/05/2000; REsp 175207/SP, Rel. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. 14/09/1999, DJ 17/12/1999.

Na sequência, será analisado o conteúdo do AgRg no HC 755162/SP, conforme a seguinte ementa:

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RECEPÇÃO. ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. SÚMULA 269 DO STJ. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] II - Pedido de fixação de regime inicial aberto. Impossibilidade. Haja vista a reincidência do paciente, a despeito da quantidade de pena imposta, o modo inicial intermediário é o que se ajusta a normatividade do art. 33, §§ 2º, "c", 3º, do Código Penal. Súmula 269 do STJ. III - Pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Incabível. Reincidência específica. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 755.162/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022.)

Conforme o acórdão, o agravo regimental foi interposto pela defesa contra decisão que não conheceu do *habeas corpus* impetrado.

A defesa alega, para além dos argumentos relativos ao meio de impugnação, que é possível a fixação de regime inicial aberto para o agravante, condenado à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime de receptação.

O Ministro Relator Jesuíno Rissato destaca que foi reconhecida a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria, pelo mesmo delito pelo qual o agravante foi condenado na hipótese, e, portanto, o regime mais adequado seria o fechado. Porém, dado o conformismo do Ministério Público, o regime intermediário deve ser mantido.

Dessa forma, o Ministro Relator argumentou que à vista da reincidência do agente, o modo inicial intermediário é o que se ajusta à normatividade do art. 33, §§ 2º, “c”, 3º, do Código Penal²⁸, em consonância à Súmula 269 do STJ.

Nesse sentido, no agravo regimental em específico, o Ministro Relator somente aplicou a Súmula 269 do STJ como razão de decidir.

4.6 SÚMULA 440 do STJ

A Súmula 440 foi proferida pela Terceira Seção do STJ em 28/10/2010 (DJe 13/05/2010) e afirma que *“fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”*.

O Tribunal Superior utilizou dos seguintes precedentes para o enfrentamento do tema: HC 99366/SP, Rel. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 29/10/2009, DJe 14/12/2009; HC 134665/MS, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 06/08/2009, DJe 08/09/2009; HC 123.216/ SP, Rel. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 16/04/2009, DJe 18/05/2009; AgRg no HC 96322/SP, Rel. Jane Silva, Sexta Turma, j. 18/03/2008, DJe 14/04/2008; HC 90503/SP, Rel. Carlos Fernando Mathias, Sexta Turma, j. 13/12/2007, DJe 18/02/2008; HC 79684, Rel. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, j. 06/12/2007, DJe 19/12/2007; HC 76919/RJ, Felix Fischer, Quinta Turma, j. 20/11/2007, DJe 17/12/2007; HC 45875/SP, Rel. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 07/03/2006, DJe 27/03/2006; HC 34573/SP, Paulo Gallotti, Sexta Turma, j. 22/03/2005, DJe 05/12/2005; HC 36112/RJ, j. 25/06/2004, DJ 16/08/2004.

Quanto à Súmula 440 do STJ, será analisado o inteiro teor do acórdão do AgRg no REsp 1984600/MG, o qual se resume da seguinte forma:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (29,92 KG DE MACONHA E 512 G DE CRACK). VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, §§ 2º E 3º, 59, CAPUT E III, E 68, AMBOS DO CP, E 42 DA LEI N. 11.343/2006. PEDIDO DE EXASPERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE.

²⁸ Art. 33, §2º, CP. § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: [...]

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. [...]

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

PENAS-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SÚMULA 440/STJ.

1. No que se refere ao pedido de exasperação do regime prisional, fixadas as penas-base no mínimo legal, 5 anos de reclusão, mais pagamento de 500 dias-multa (fl. 464), e não ostentando os recorridos antecedentes criminais, em conformidade com os ditames da Súmula 440/STJ, idônea a fixação do regime prisional semiaberto, notadamente diante da pena definitiva disposta em 5 anos e 10 meses de reclusão (fl. 465).

2. Relativamente ao regime prisional inicial, como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando-se, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, do Código Penal. Além disso, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. Súmulas 440/STJ, 718/STF e 719/STF. [...] Em se tratando de réu tecnicamente primário, condenado a pena superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, com as circunstâncias judiciais presentemente todas favoráveis, com relevo para a quantidade não expressiva da droga apreendida, o agravante faz jus ao regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal (AgRg no HC n. 651.523/SP, Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe 19/4/2021).

3. Fixada a pena-base no mínimo legal (5 anos - art. 33 da Lei n. 11.343/2006), e não ostentando os agravados antecedentes criminais, é descabida a fixação de regime mais gravoso sem a existência de fundamentação idônea.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.984.600/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 30/6/2022.)

O caso se trata de agravo regimental interposto pelo Ministério Público contra decisão que negou provimento ao recurso especial, que pretendia, entre outras teses, a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais rígido.

O agravante pleiteia o recrudescimento do regime inicial de pena dos agravados para o regime fechado, tendo em vista que, ainda a pena fora fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime semiaberto não é adequado para fins de repressão e prevenção do delito, vez que os réus se dedicavam a atividades criminosas e mantinham em depósito elevada quantidade de droga.

O Ministro Relator Sebastião Reis Júnior manteve o regime inicial semiaberto, sob o fundamento de que fixada a pena-base no mínimo legal (5 anos de reclusão, estabelecido no art. 33 da Lei n. 11.343/2006²⁹), e não ostentando os agravados

²⁹ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

antecedentes criminais, em conformidade com a Súmula 440 do STJ, é descabida a fixação de regime mais gravoso sem a existência de fundamentação idônea.

Portanto, a Sexta Turma do STJ, negou provimento ao agravo regimental, com base exclusivamente na Súmula em questão.

4.7 SÚMULA 442 do STJ

A Súmula 442 foi proferida em 28/04/2010 (DJe 13/05/2010) pela Terceira Seção do STJ e dispõe que “*é inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo*”.

O Tribunal Superior utilizou dos seguintes precedentes para o enfrentamento do tema: Resp 730352/RS, Rel. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, j. 29/09/2009, DJe 19/10/2009; REsp 1101779/RS, Rel. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 29/09/2009, DJe 30/11/2009; REsp 1106223/RS, Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 08/09/2009, DJe 13/10/2009; REsp 1008913/RS, Rel. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 05/02/2009, DJe 09/03/2009; AgRg no REsp 1031494/RS, Rel. Paulo Gallotti, Sexta Turma, j. 11/11/2008, DJe 24/11/2008; REsp 856225/RS, j. 07/10/2008, DJe 28/10/2008; AgRg no REsp 737991/RS, Rel. Nilson Naves, Sexta Turma, j. 12/06/2008, DJe 29/09/2008; AgRg no REsp 981990/RS, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 29/05/2008, DJe 30/06/2008; AgRg no REsp 949454/RS, Rel. Jane Silva, Quinta Turma, j. 29/11/2007, DJe 17/12/2007; REsp 899482/RS, Rel. Carlos Fernando Mathias, Sexta Turma, j. 09/10/2007, DJe :29/10/2007; Resp. 842535/RS, Rel. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 17/10/2006, DJe 13/11/2006; Resp 690706/RS, Rel. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, j. 19/05/2005, DJe 12/11/2007.

Quanto à Súmula 442 do STJ, será analisado o AgRg no REsp 1094905/RS, cuja ementa é a seguinte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. ACÓRDÃO EM MANIFESTO CONFRONTO COM A SÚMULA 442 DESTA CORTE. VIOLAÇÃO AO ART. 155, § 4º, IV, DO CP. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO DELITO DE ROUBO PELO CONCURSO DE PESSOAS. ANALOGIA INVIÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...]

2. Mostra-se inviável a aplicação analógica da majorante do delito de roubo em concurso de agentes ao delito de furto, pois este último possui regramento próprio. Inteligência do enunciado 442 da Súmula desta Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.094.905/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/5/2011, DJe de 1/6/2011.)

Depreende-se do inteiro teor do acórdão que o agravo regimental foi interposto pela defesa, contra decisão que deu parcial provimento ao REsp n. 1.094.905/RS, interposto pelo Ministério Público. No Recurso Especial, o *parquet* alegou, entre outras teses, ter havido afronta ao art. 155, §4º, inciso IV, do CP³⁰, bem como dissídio jurisprudencial, em virtude da aplicação da majorante do delito de roubo ao furto.

No agravo regimental, o agravante alega que houve violação ao princípio da colegialidade, por entender que a matéria debatida no recurso especial, relativa à impossibilidade de se aplicar a causa de aumento do roubo ao crime de furto, deve ser analisada pelo órgão colegiado.

A Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura argumentou no ponto que só seria possível a aplicação analógica da norma do artigo 157, §2º, inciso II, do CP³¹, que trata da causa de aumento da pena do crime de roubo em razão do concurso de pessoas, ao crime de furto qualificado pelo concurso de pessoas, se houvesse uma lacuna no ordenamento jurídico em relação ao tema, o que não é o caso.

Isso pois, o furto praticado em concurso de agentes encontra tipificação no artigo 155, § 4º, inciso IV, do CP, “*o que não justifica a utilização de meios diversos daqueles estabelecidos na lei, sob pena de se estar decidindo em desacordo com a norma incriminadora, criando, inclusive, indesejada desigualdade com as demais causas de qualificação do delito em exame*”, conforme a Súmula 442 do STJ.

Na hipótese, ainda que a Relatora utilizou como razão de decidir o enunciado da Súmula 442 do STJ, proferiu fundamentação referente ao motivo que levou a sua

³⁰ Art. 155, CP. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. [...]

§4º A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: [...]

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

³¹ Art. 157, CP. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. [...]

§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: [...]

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

conclusão, isto é, a atenção à norma penal e à igualdade entre as qualificadoras do crime de furto.

4.8 SÚMULA 443 do STJ

A Súmula 443, proferida pela Terceira Seção do STJ, em 28/04/2010 (DJe 13/05/2010), dispõe que “*o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes*”.

O Tribunal Superior utilizou dos seguintes precedentes para o enfrentamento do tema: HC 124581/SP, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 26/05/2009, DJe 29/06/2009; HC 123216/SP, Rel. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 16/04/2009, DJe 18/05/2009; HC 97134/SP, Rel. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 27/11/2008, DJe 19/12/2008; HC 103701/SP, Rel. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 28/10/2008, DJe 24/11/2008; HC 97857/SP, Og Fernandes, Sexta Turma, j. 21/10/2008, DJe 10/11/2008; HC 54683/RJ, Rel. Nilson Naves, Sexta Turma, j. 17/08/2006, DJe 04/06/2007; HC 34992/RJ, Rel. Paulo Gallotti, Sexta Turma, j. 12/04/2005, DJe 15/06/2009; HC 34658/SP, Felix Fischer, Quinta Turma, j. 21/09/2004, DJe 03/11/2004.

Em relação à Súmula 443 do STJ, será discutido o AgRg no HC 738731/SP, conforme a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CRITÉRIOS. CONCURSO DE MAJORANTES NA TERCEIRA FASE DE DOSIMETRIA DA PENA. POSSIBILIDADE DESDE QUE EXISTA FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO DESPROVIDO. [...]

III - O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Inteligência da súmula 443 do STJ.

IV - A jurisprudência do STJ admite o cúmulo de causas de aumento de pena, desde que precedido de fundamentação idônea (AgRg no REsp n. 1.886.978/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 12/11/2020; AgRg no HC n. 621.954/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 26/04/2021).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 738.731/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023.)

O agravo regimental em questão foi interposto pelo Ministério Público Federal em face de decisão que concedeu a ordem de ofício ao *habeas corpus* impetrado pela defesa, a qual alegou que não houve fundamentação concreta para a aplicação sucessiva de duas causas de aumento do delito de roubo (aumento de 1/3 e depois de 2/3) na terceira fase da dosimetria.

O Ministério Público pretende a reforma da decisão para que sejam cumuladas em um só aumento ($1/3 + 2/3 = 3/3$), na terceira fase da dosimetria penal, as causas de aumento do artigo 157, §2º, inciso II (concurso de pessoas) e §2º-A, inciso I (utilização de arma de fogo)³².

No agravo regimental, o Ministro Relator Messod Azulay Neto manteve a decisão agravada, argumentando que a corte local não apresentou motivação idônea para a aplicação sucessiva de ambas as causas de aumento de pena, visto que considerou somente o critério numérico das majorantes para aplicá-las sucessivamente. Portanto, ainda que o STJ admita o cúmulo de causas de aumento de pena, sob fundamentação idônea, este não é o caso dos autos.

Logo, o Ministro entendeu que a pretensão do agravante não merece prosperar, pois vai de encontro ao entendimento consubstanciado pela Súmula 443 do STJ.

4.9 SÚMULA 444 do STJ

A Súmula 444, proferida pela Terceira Seção do STJ, em 28/04/2010 (DJe 13/05/2010), estabelece que “*é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*”.

O Tribunal Superior utilizou dos seguintes precedentes para o enfrentamento do tema: HC 96670/DF, Rel. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 15/12/2009, DJe 08/02/2010; HC 128800/MS, Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 15/12/2009, DJe 22/02/2010; HC 142241/RJ, Rel. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 15/12/2009, DJe 01/02/2010; HC 150266/MS, Rel. Haroldo Rodrigues, Sexta Turma,

³² Art. 157, CP. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. [...]

§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: [...]

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; [...]

§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

j. 19/11/2009, DJe 07/12/2009; HC 106089/MS, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 03/11/2009, DJe 30/11/2009; Resp 730352, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 29/09/2009, DJe 19/10/2009; HC 97857/SP, Rel. Og Fernandes, Sexta Turma, j. 21/10/2008, DJe 10/11/2008; HC 81866/DF, Rel. Jane Silva, Quinta Turma, j. 25/09/2007, DJe 15/10/2007; REsp 898854/PR, Rel. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 22/05/2007, DJe 29/06/2007.

Sobre a Súmula 444 do STJ, será discutido o AgRg no AREsp 2207141/RS, de acordo com a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE REABERTURA DO PRAZO RECURSAL. DOENÇA. JUSTA CAUSA. ABSOLUTA IMPOSSIBILIDADE PARA A PRÁTICA DO ATO PROCESSUAL OU PARA SUBSTABELECEM OS PODERES RECEBIDOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES. PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DE PRAZO. INDEFERIDO. PROCESSO PENAL. RECURSO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. PRAZO: 5 (CINCO) DIAS CORRIDOS. ART. 39 DA LEI N. 8.038/1990. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. NOVA DOSIMETRIA. REGIME INICIAL ADEQUADO: SEMIABERTO. PENA REDIMENSIONADA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONSOMAÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. [...]

7. Nos termos da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a existência de ações penais em curso não é fundamento idôneo para amparar a exasperação da pena-base, nos termos do enunciado da Súmula n. 444/STJ.

8. Na hipótese, dada a nova dosimetria da pena, o lapso prescricional previsto no art. 109, inciso IV, do Código Penal se consumou entre o recebimento da denúncia, ocorrido em 23/07/2009, e o dia 23/06/2020, data de publicação da sentença condenatória.

9. Agravo regimental não conhecido. Concedido habeas corpus, de ofício, a fim de afastar a valoração negativa da personalidade e fixar o regime inicial semiaberto, bem como DECLARAR extinta a punibilidade estatal, pela prescrição da pretensão punitiva, quanto ao delito preconizado no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/2003.

(AgRg no AREsp n. 2.207.141/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 24/2/2023.)

Trata-se de agravo regimental interposto pela defesa contra decisão proferida pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, por meio da qual não foi conhecido o respectivo agravo em recurso especial em razão da intempestividade.

A Ministra Relatora Laurita Vaz entendeu que a pretensão da defesa, pertinente ao prazo recursal, não deve prosperar. Todavia, constatou haver ilegalidade flagrante a ser reparada, no que concerne à pena-base aplicada.

Isso porque o magistrado sentenciante valorou negativamente a circunstância judicial da personalidade, sob o fundamento de que a personalidade do agente é “*voltada ao crime*”, em razão de condenação pelo crime de homicídio qualificado.

A Ministra Relatora afastou tal circunstância judicial e alterou a pena do réu, aduzindo que a) o aumento da pena base foi indevido, vez que estava em desacordo com a Súmula 444 do STJ, fixada no sentido de que a existência de ações penais em curso não é fundamento idôneo para amparar a exasperação da pena-base; e b) o vetor da personalidade não pode ser exasperado em virtude de condenações anteriores, ainda que transitadas em julgado.

Dessa forma, o afastamento da circunstância judicial mencionada e alteração da reprimenda favorável ao réu se deu a partir da aplicação da Súmula 444 do STJ, conjuntamente ao argumento de que a personalidade não deve ser valorada negativamente quando pautada no histórico criminal do agente.

4.10 SÚMULA 545 do STJ

A Súmula 545 foi proferida em 14/10/2015 (DJe 19/10/2015) pela Terceira Seção do STJ e afirma que “*quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal*”.

O STJ utilizou dos seguintes precedentes para o enfrentamento do assunto: HC 314944/SP, Rel. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. 02/06/2015, DJe 09/06/2015; AgRg no REsp 1269574/SP, Rel. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 26/05/2015, DJe 02/06/2015; HC 318184/RJ, Rel. Newton Trisotto, Quinta Turma, j. 26/05/2015, DJe 02/06/2015; HC 316798/SP, Rel. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, j. 07/05/2015, DJe 15/05/2015; HC 284766/RJ, Rel. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 14/04/2015, DJe 22/04/2015; HC 310569/SP, Rel. Ericson Maranhão, Sexta Turma, j. 14/05/2015, DJe 24/04/2015; AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 10/03/2015, DJe 19/03/2015; AgRg no HC 201797/SP, j. 16/12/2014, DJ 02/02/2015; AgRg no Ag 1242578/SP, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 06/11/2012, DJe 14/11/2012.

Em relação à Súmula 545 do STJ será analisado o AgRg no HC 730636/SC, ementado da seguinte maneira:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NEGATIVAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ABALO EMOCIONAL DA VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE QUE INDEPENDE DE EFETIVA UTILIZAÇÃO NO CONVENCIMENTO DO JULGADOR. ILEGALIDADE RECONHECIDA. [...]

2. Em recente mudança na jurisprudência desta Corte Superior, no âmbito da Quinta Turma, foi superado o entendimento anterior de que a confissão espontânea, para ser reconhecida, deveria ter sido utilizada nas razões de convencimento do julgador, nos termos da Súmula 545 do STJ.

3. A compreensão prevalente agora é a de que "O art. 65, III, 'd', do CP não exige, para sua incidência, que a confissão do réu tenha sido empregada na sentença como uma das razões da condenação. Com efeito, o direito subjetivo à atenuação da pena surge quando o réu confessa (momento constitutivo), e não quando o juiz cita sua confissão na fundamentação da sentença condenatória (momento meramente declaratório)." (REsp n. 1.972.098/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022).

4. Agravo regimental parcialmente provido para reconhecer a atenuante da confissão espontânea.

(AgRg no HC n. 730.636/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 15/12/2022.)

O caso se trata de um agravo regimental interposto pela defesa contra decisão que concedeu em parte o *habeas corpus* impetrado, para reduzir as penas aplicadas a ambos os pacientes.

A defesa alega, entre outras teses, que deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea independentemente da utilização da confissão para a formação de convencimento do julgador, em respeito à legalidade penal.

No voto do Agravo Regimental, o Ministro Relator Olindo Menezes argumentou que houve alteração de jurisprudência do STJ, no âmbito da Quinta Turma, no sentido de superar o entendimento anterior de que a confissão espontânea, para ser reconhecida, deveria ter sido utilizada nas razões de convencimento do julgador, nos termos da Súmula 545 do STJ.

Sendo assim, o entendimento recente do Colegiado é que, para o reconhecimento de tal atenuante, não se exige que a confissão do réu tenha sido empregada na sentença como uma das razões da condenação. Isso pois, o direito subjetivo à atenuação da pena surge quando o réu confessa (momento constitutivo), e não quando o juiz cita sua confissão na fundamentação da sentença condenatória

(momento meramente declaratório)³³. Portanto, foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea para reajustar a reprimenda dos réus.

Destaca-se nesse caso que o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea foi realizado com base na superação da Súmula 545 do STJ pela Quinta Turma do Tribunal Superior, fato que torna o AgRg no HC n. 730.636/SC singular em relação às demais decisões judiciais analisadas neste trabalho.

4.11 SÚMULA 587 do STJ

A Súmula 587, proferida pela Terceira Seção do STJ (julgado em 13/09/2017, DJ 18/09/2017), dispõe que *“para a incidência da majorante prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados da Federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual”*.

O Tribunal Superior utilizou dos seguintes precedentes para o enfrentamento do tema: AgRg no REsp 1395663/MS, Rel. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016; HC 318599/MS, Rel. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016; HC 326074/PE, Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 21/03/2016; HC 339333/ MS, Rel. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016; AgRg no AREsp 784321/MS, Rel. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016; AgRg no AREsp 368971/ AC, Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 18/11/2015; HC 330561/ MS, Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 25/11/2015; REsp 1370391 MS, Rel. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 19/11/2015; AgRg no REsp 1343897/MS, Rel. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/04/2015, DJe 22/04/2015; AgRg no REsp 1424848 MS, Rel. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/12/2014, DJe 12/02/2015; AgRg no AREsp 419167 AC, Rel. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 15/05/2014; AgRg no REsp 1390977 MS, Rel. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 04/12/2013; AgRg no REsp 1378898 MS, Rel. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 27/08/2013, DJe

³³ REsp n. 1.972.098/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.

09/09/2013; HC 219675 MS, Rel. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/12/2012, DJe 18/12/2012; HC 230835 SP, Rel. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/09/2012, DJe 21/09/2012.

Quanto à Súmula 587, será discutido o HC 410337/MS, conforme a seguinte ementa:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, V, DA LEI 11.343/06. INTERESTADUALIDADE. DESNECESSIDADE DE EFETIVA COMPROVAÇÃO DA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS. DEMONSTRAÇÃO DA INTENÇÃO DE REALIZAR O TRÁFICO ENTRE ESTADOS. SUFICIÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. ORDEM DENEGADA.

1. "Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/06, é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados da federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual". Súmula 587 desta Corte. [...]

5. Ordem denegada.

(HC n. 410.337/MS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 3/4/2018, DJe de 9/4/2018.)

O *habeas corpus* foi impetrado pela defesa, com o objetivo, entre outros, de redimensionar as penas dos pacientes. A defesa alega, no que tange ao conteúdo da Súmula 587 do STJ, que a causa de aumento referente à interestadualidade do tráfico foi aplicada com base em meras ilações, uma vez que nenhum dos acusados reconheceu que a droga tinha como destino outro estado da federação.

A Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura denegou a ordem, argumentando que para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06³⁴ “é desnecessária a efetiva comprovação da transposição de fronteiras entre estados da federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual”, consoante Súmula 587 do STJ.

³⁴ Art. 40, da Lei 11.343/06. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: [...]

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

Nesse sentido, a Relatora apontou que no caso concreto as instâncias originárias comprovaram o intuito dos agentes de transportar entorpecentes entre os Estados do Goiás e Mato Grosso, a partir do depoimentos dos policiais que efetuaram a apreensão, das declarações dos próprios réus e das “*demaís circunstâncias objetivas constantes do processo*”. Dessa forma, o STJ deixou de afastar a causa de aumento de pena.

Frisa-se que, nesta hipótese, a Ministra Relatora deixou de afastar a causa de aumento do art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, com base na Súmula 587 do STJ, citando elementos de prova do caso concreto.

4.12 SÚMULA 607 do STJ

A Súmula 607 foi proferida em 11/04/2018 (DJe 17/04/2018) pela Terceira Seção do STJ e estabelece que “*a majorante do tráfico transnacional de drogas (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006) configura-se com a prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras*”.

O STJ utilizou dos seguintes precedentes para o enfrentamento do tema: AgRg no AREsp 377808/MS, Rel. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 12/09/2017, DJe 22/09/2017; REsp 1391929/RJ, Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 08/11/2016, DJe 14/11/2016; REsp 1395927/SP, Rel. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 13/09/2016, DJe 20/09/2016; HC 303259/PA, Rel. Ericson Maranhão, Sexta Turma, j. 17/09/2015, DJe 09/10/2015; HC 212789/SP, Rel. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 07/10/2014, DJe 21/10/2014; AgRg no AREsp 225357/SP, j. 20/03/2014, DJe 27/03/2014; HC 179519/SP, j. 18/12/2012, DJ 01/02/2013; RHC 18850/PA, j. 12/04/2012, DJe 30/04/2012; HC 157867/SP, Rel. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 22/11/2011, DJe 07/12/2011; HC 188857/SP, Rel. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 22/11/2011, DJe 19/12/2011.

Em relação à Súmula 607 do STJ, serão discutidos os argumentos do HC 451.251/SP, conforme a seguinte ementa:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS INTERESTADUAIS. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. [...]

2. A majorante do tráfico transnacional de drogas (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006) configura-se com a prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras (Súmula 607, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018).

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 451.251/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/8/2018, DJe de 28/8/2018.)

O *habeas corpus* foi impetrado pela defesa com o objetivo de afastar a causa de aumento do art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006³⁵, ao argumento de que o dispositivo é taxativo no sentido de que se aumenta a pena do crime de tráfico de drogas, quando caracterizado o tráfico entre estados, portanto, quando efetivamente ultrapassada a fronteira entre Estados.

Assim, o Ministro Relator manteve a incidência da causa de aumento ao argumento de que o Tribunal de origem decidiu conforme a jurisprudência do STJ, sedimentada na Súmula 607 do STJ.

Nesse sentido, o acórdão em análise somente indicou a incidência da Súmula 607 do STJ para negar o afastamento da causa de aumento de pena.

4.13 SÚMULA 630 do STJ

A Súmula 630, proferida pela Terceira Seção do STJ (julgado em 24/04/2019, DJ 29/04/2019), afirma que *“a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio”*.

O Tribunal Superior utilizou dos seguintes precedentes para o enfrentamento do tema: AgRg no AgRg no AREsp 1053604/AC, Rel. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 01/06/2017, DJe 09/06/2017; AgRg no AREsp 1263525/MG, Rel. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, j. 12/06/2018, DJe 22/06/2018; AgRg no AREsp 1308356/MG, Rel. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 07/08/2018, DJe 17/08/2018; AgRg no REsp 1417551/SC, Rel. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 24/10/2017, DJe 12/12/2017; AgRg no REsp 1594486/SP, Rel. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 21/09/2017, DJe 02/10/2017; AgRg no HC 432165/MS, Rel.

³⁵ Art. 40, da Lei 11.343/06. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

Felix Fischer, Quinta Turma, j. 24/05/2018, DJe 29/05/2018; AgRg no HC 438846/MS, Rel. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 05/06/2018, DJe 12/06/2018; AgRg no HC 448692/SC, Rel. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. 26/06/2018, DJe 01/08/2018; HC 168369, rel. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 03/05/2011, DJe 18/05/2011; HC 431541/MS, Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 21/08/2018, DJe 28/08/2018; HC 437135/SP, Rel. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 22/05/2018, DJe 06/06/2018.

Quanto à Súmula 630, será analisado o acórdão do AgRg no HC n. 752.035/SP, assim ementado:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ILEGALIDADE INEXISTENTE. DECISÃO NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ENUNCIADO SUMULAR N. 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. [...]

IV - A exasperação da pena-base teve fundamentos idôneos na quantidade, natureza e diversidade de drogas, não sendo possível reconhecer a confissão espontânea em razão do óbice da Súmula 630 do STJ, já que o agravante não admitiu a traficância, mas alega ser usuário. [...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 752.035/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 19/9/2023, DJe de 25/9/2023.)

O caso se trata de agravo regimental interposto pela defesa, contra decisão monocrática que não conheceu do HC n. 752.035/SP.

A defesa pleiteia, entre outros pedidos, o reconhecimento da confissão espontânea.

O Ministro Relator Messod Azulay Neto manteve a decisão agravada, a qual não reconheceu a incidência da atenuante da confissão espontânea. Isso porque, ficou assentado pelo Tribunal de origem que o acusado não confessou integralmente os fatos que lhe foram imputados, visto que admitiu somente que trazia consigo substâncias ilícitas, negando a prática da traficância em si.

Logo, em consonância ao entendimento constante na Súmula 630 do STJ, o Ministro Relator entendeu que não se deve incidir a atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Nesse sentido, a Quinta Turma do STJ negou a incidência da confissão espontânea com fundamento único na Súmula 630 do STJ.

4.14 SÚMULA 636 do STJ

A Súmula 636 foi proferida em 26/06/2019 (DJe 27/06/2019) pela Terceira Seção do STJ e afirma que “a folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência”.

O Tribunal Superior utilizou dos seguintes precedentes para o enfrentamento do tema: HC 456211/SP, Rel. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. 11/09/2018, DJe 20/09/2018; AgRg no REsp 1716998/RN, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 08/05/2018, DJe 16/05/2018; HC 396780/SP, Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 03/08/2017, DJe 10/08/2017; HC 315449/SP, Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 15/12/2016, DJe 01/02/2017; HC 212789/SP, Rel. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 07/10/2014, DJe 21/10/2014; HC 272899/SP, Rel. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 18/09/2014, DJe 02/10/2014; AgRg no REsp 1417107/SP, Rel. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 06/05/2014, DJe 13/05/2014; HC 211072/MS, rel. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 26/11/2013, DJ 13/12/2013; REsp 285750/DF, j. 07/10/2003, DJe 08/03/2004.

Na sequência, será discutido o AgRg no HC 749605/SP, cuja ementa é a seguinte:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FRAÇÃO PROPORCIONAL. PRECEDENTES. REINICIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR NÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR. FOLHA DE ANTECEDENTES. DOCUMENTO SUFICIENTE PARA COMPROVAR OS MAUS ANTECEDENTES E A REINICIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

4. Acerca da reincidência, ressaltou o acórdão impugnado que não decorreu o prazo de 5 anos desde o cumprimento de todas as penas anteriormente estabelecidas até a data dos fatos, informação confirmada pela folha de antecedentes juntada ao autos pela própria defesa. E, consoante o enunciado na Súmula 636 do STJ, “a folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência” (AgRg no HC n. 736.513/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022), tal como ocorreu no caso dos autos. [...]

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 749.605/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022.)

Trata-se de agravo regimental contra decisão que não conheceu do *habeas corpus* impetrado pela defesa.

A defesa sustenta, entre outros pleitos, que deve ser afastada, na segunda fase da dosimetria, a agravante de reincidência, porquanto não provada a data da extinção ou do cumprimento da pena pelo crime de roubo.

Quanto a este pedido, o Ministro Relator Relator Reynaldo Soares da Fonseca argumentou que não decorreu o prazo de 5 anos desde o cumprimento de todas as penas anteriormente estabelecidas até a data dos fatos no caso concreto, informação confirmada pela folha de antecedentes juntada aos autos pela própria defesa.

Logo, o Ministro Relator Relator entendeu que o pleito não merece prosperar em conformidade à Súmula 636 do STJ.

4.15 SÚMULA 659 do STJ

A Súmula 659, proferida pela Terceira Seção do STJ (julgado em 13/09/2023, DJ 18/09/2023), afirma que “*a fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações*”.

O Tribunal Superior utilizou dos seguintes precedentes para o enfrentamento do tema: AgRg nos EDcl no AREsp 1650790/RN, Rel. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, j. 04/08/2020, DJe 13/08/2020; AgRg no AREsp 1774040/TO, Rel. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 23/03/2021, DJe 30/03/2021; AgRg no REsp 1625256/PR, Rel. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 05/05/2020, DJe 12/05/2020; AgRg no REsp 1803351/GO, Rel. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. 04/06/2019, DJe 14/06/2019; AgRg no REsp 1880036/PR, Rel. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, j. 09/12/2020, DJe 14/12/2020; AgRg no REsp 1916698/RJ, Rel. Olindo Menezes, Sexta Turma, j. 11/05/2021, DJe 17/05/2021; AgRg no HC 561502/SP, Rel. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. 05/03/2020, DJe 17/03/2020; AgRg no HC 647843/SP, Rel. Laurita Vaz, Sexta Turma, j. 04/05/2021, DJe 14/05/2021; HC 365963/SP, Rel. Felix Fischer, Terceira Seção, j. 11/10/2017, DJe 23/11/2017; HC 626247/SP, Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 09/02/2021, DJe 12/02/2021.

Conforme considerações metodológicas supramencionadas, em relação à Súmula 659 do STJ, este trabalho se limita a indicar os precedentes que levaram à conclusão do enunciado sumular, visto que, até a data da seleção dos julgados para a análise, não havia sido publicado nenhum acórdão quanto a esta súmula.

4.16 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Após a análise dos acórdãos, constatou-se que a maioria das decisões judiciais examinadas³⁶ - isto é, 9 das 13 decisões - baseou-se exclusivamente na incidência das Súmulas do STJ como fundamento para a decisão. Isso se deu, de maneira geral, ao indicar como o enunciado se aplicava ao caso específico, em conformidade com o dever de fundamentação estabelecido no artigo 93 da Constituição Federal.

Destaca-se que, no acórdão do HC n. 451.251/SP, referente à Súmula 607 do STJ, o Ministro Relator se limitou a indicar a incidência da súmula específica, porém, não apontou circunstâncias para fundamentar sua aplicação no caso concreto.

Além disso, no AgRg no HC 771210/SC, relativo à Súmula 171, no AgRg no HC 658542/ES, relativo à Súmula 241, e no AgRg no AREsp 2207141/RS, relativo à Súmula 444, foram utilizados outros argumentos, para além dos enunciados das Súmulas, para fundamentar a decisão judicial.

Por fim, cabe ressaltar que somente no AgRg no HC 730636/SC, concernente à Súmula 545 do STJ, a decisão judicial foi pautada na superação desta súmula pela Quinta Turma do Tribunal Superior.

³⁶ AgRg no HC 835830/MS; AgRg no HC 755162/SP, AgRg no REsp 1984600/MG, AgRg no REsp 1094905/RS, AgRg no HC 738731/SP, HC 410337/MS, HC 451.251/SP, AgRg no HC n. 752.035/SP, AgRg no HC 749605/SP.

5 CONCLUSÃO

A partir desta pesquisa foi viável investigar os efeitos produzidos pelas súmulas de conteúdo penal produzidas pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da individualização da pena.

No início, por meio de uma revisão bibliográfica, foi possível identificar os aspectos históricos e os elementos conceituais das súmulas, apontando a valorização das súmulas dos tribunais superiores como um fenômeno de aproximação do sistema jurídico brasileiro ao sistema de *common law*.

Além disso, foi possível diferenciar as súmulas e as súmulas vinculantes, especialmente quanto à eficácia obrigatória ou não, objetivo, quorum de deliberação, forma de revisão, cancelamento e proposição dos enunciados e instrumento de impugnação. E ainda, foi possível ponderar as distinções entre ambos os institutos dos demais precedentes vinculantes, previsto no Código de Processo Civil.

A partir disso, pode-se afirmar que as súmulas são uma fonte de uniformização da jurisprudência e os motivos pelos quais foram adotadas são, especialmente, a busca por celeridade na prestação jurisdicional, segurança jurídica e previsibilidade e a concretização do princípio da igualdade.

A partir da pesquisa bibliográfica realizada, nota-se que o princípio constitucional da isonomia ou igualdade ocupa uma posição de proeminência no texto constitucional e, ainda que não seja uma norma constitucional penal, é princípio constitucional influente em matéria penal.

Ocorre que a busca pelo tratamento isonômico a partir da aplicação das súmulas vai de encontro, no âmbito do direito penal, com o princípio da individualização, o qual define que se deve distribuir a cada indivíduo o que lhe cabe, segundo as circunstâncias específicas do seu comportamento.

Depreende-se da análise bibliográfica e jurisprudencial a respeito da individualização da pena que este princípio possui extrema relevância no Direito Penal, pois, especialmente na esfera judicial, permite a ponderação de uma reprimenda justa de acordo com as peculiaridades do caso concreto, levando em conta a gravidade do fato e a culpabilidade do agente. Isso significa que a pena *in concreto* não deve ser padronizada, uma vez que o magistrado deve sempre levar em conta as especificidades do caso em análise.

Por este motivo que o STF, por diversas vezes, utilizou tal princípio como fundamento para declarar inconstitucional normas penais, a exemplo do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, que vedava a progressão de regime para crimes hediondos e que previa a obrigatoriedade do regime inicial fechado para estes crimes, e da expressão contida no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, que proibia a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos no delito de tráfico de drogas.

Desse contexto, no que se refere à Súmula 231 do STJ, para além do argumento referente ao princípio da individualização da pena, há diversos fundamentos a favor da alteração ou cancelamento do enunciado e fundamentos a favor do enunciado sumular atual. O ponto que chama a atenção é a discussão a respeito da legalidade ou não da interpretação do art. 65 do Código Penal pelo enunciado da Súmula 231, visto que o dispositivo afirma que as circunstâncias ali elencadas *sempre atenuam a pena*.

Nesse sentido, constatou-se que as discussões acerca da Súmula 231 do STJ são específicas, principalmente em relação à violação ou não do princípio da legalidade na limitação da eficácia do texto do art. 65 do CP. Sendo assim, os efeitos produzidos por este enunciado não devem se estender aos demais que envolvam a aplicação da pena, uma vez que a crítica em relação a tal súmula vai além do princípio da individualização.

Ademais, após a análise das decisões judiciais, constatou-se que a maioria destas - isto é, 9 das 13 decisões - baseou-se exclusivamente na incidência das Súmulas do STJ como fundamento. Todavia, tendo em vista que as súmulas não vinculantes são meramente argumentativas, conforme a revisão bibliográfica apresentada, não é razoável que a maioria dos julgados utilize o enunciado sumular como única justificativa dos recursos analisados.

Além disso, foi observado que as decisões judiciais discutidas no último capítulo deste trabalho demonstraram, por meio de fundamentação analítica, a aplicação da respectiva súmula no caso concreto, nos termos do art. 93, IX, da CRFB e do art. 315, §2º, V, do CPP.

Ocorre que, ainda que o Tribunal Superior justificou a aplicação das súmulas no caso concreto, indicando elementos concernentes a gravidade do fato e as circunstâncias subjetivas do agente, pode-se afirmar que a fundamentação dos julgados é extremamente sucinta, de modo que não são analisados de fato os

aspectos subjetivos e objetivos do crime. Frisa-se que as decisões apenas citam alguns desses elementos, porém, não os examinam.

Dessa forma, depreende-se dos julgados que as súmulas sobre aplicação de pena limitam a capacidade do magistrado de adequar a reprimenda à natureza do delito e ao autor, segundo a situação concreta.

Portanto, tem-se que a interpretação da norma penal "*in malam partem*" pelo Tribunal Superior, por meio de súmulas, viola expressamente o princípio da individualização da pena, porque impossibilita a aplicação de um direito legal garantido ao acusado em virtude de um entendimento jurisprudencial. Desse modo, ocorre a padronização da sanção penal, tendo em vista que a individualidade de cada réu não é computada durante a fixação da pena. Implica dizer que, toda condenação passa a ser previsível quando se nega ao acusado o direito de ter reconhecida a aplicação da sua pena de forma individualizada.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Angélica A. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A igualdade perante a lei: algumas reflexões. In: JARDIM, Afranio Silva (Colab.). Temas atuais do direito brasileiro. Rio de Janeiro: UERJ, 1987. p. 90-104.

BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: Parte geral - arts. 1º a 120 (vol. 1). 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

BRASIL. Edital De Convocação De Audiência Pública Nº 1/2023-3s. Brasília, DF, 12 de abril de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=16756&seq_documento=36117633&data_pesquisa=12/04/2023&versao=impressao&nu_ssequimento=00001&tipo_documento=documento&ids=36105630%2c36104996%2c36089485%2c36089145%2c36089474%2c36117633

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm

BRASIL. Lei n. 13.105, de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.395.427/SP. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, Brasília, DF, 10 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2.207.141/RS, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, Brasília, DF, 24 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 658.542/ES, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Brasília, DF, 17 de março de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 730.636/SC, Relator: Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 738.731/SP, Relator: Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, Brasília, DF, 15 de agosto de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 749.605/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Brasília, DF, 13 de setembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 752.035/SP, Relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, Brasília, DF, 25 de setembro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 755.162/SP, Relator: Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, Brasília, DF, 2 de dezembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 771210/SC. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 835.830/MS, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Brasília, DF, 18 de setembro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.094.905/RS, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Brasília, DF, 1º de junho de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.984.600/MG, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Brasília, DF, 30 de junho de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 410.337/MS, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Brasília, DF, 9 de abril de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 451.251/SP, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Brasília, DF, 28 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Atualizado até a Emenda Regimental n. 44, de 13 de setembro de 2023.

Disponível em:
<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas Organizadas Por Ramos Do Direito. 14 de novembro de 2023. Disponível em:
https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/RamosDoDireito/SumulasSTJ_Ramos.pdf

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Atualizado até a Emenda Regimental n. 58/2022. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82959, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 1º de novembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 97.256/RS, Relator: Ministro Ayres Britto, Plenário, Brasília, DF, 16 de dezembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 111840, Relator: Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 16 de dezembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 597.270/RS, Relator: Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, 05 de junho de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Voto vencido da Apelação Criminal n. 275492-5, Quinta Câmara Criminal, Curitiba, PR, 16 de junho de 2005.

CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. Dos Precedentes Judiciais Às Súmulas Vinculantes: Análise Da Verticalização Do Poder E Do Discurso Judicial Padronizado. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2013.

CÂMARA, Alexandre F. O Novo Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

CARVALHO, Salo de. Sobre os limites da dosimetria da pena provisória: a inadequação constitucional da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro, 1º de maio de 2023. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Salo-Carvalho/publication/370461193_Sobre_os_Limites_da_Dosimetria_da_Pena_Provisoria/links/64511127809a5350214240e0/Sobre-os-Limites-da-Dosimetria-da-Pena-Provisoria.pdf

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Leite, Thainá Rodrigues. Da necessária revisão da súmula 231 do STJ. 17 de maio de 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/386589/da-necessaria-revisao-da-sumula-231-do-stj>

DANTAS, Bruno. Súmula Vinculante: O STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 45, n. 179, p. 179-190, jul./set. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176543>

DINIZ, Maria H. Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica, à norma jurídica e aplicação do direito. São Paulo: Saraiva, 2023.

GOZETTO, Andrea Cristina Oliveira. A súmula vinculante e o equilíbrio entre os poderes no Brasil. In: PESSÔA, Leonel Cesarino. Súmula Vinculante e Segurança Jurídica. São Paulo: LTr, 2007.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal. v.1. São Paulo: Grupo GEN, 2023.

JR., Paulo Hamilton S. Teoria do direito. São Paulo: Saraiva, 2019.

LIMA, Alberto Jorge Correia de B. Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. O efeito vinculativo das súmulas e enunciados. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, v. 34, n. 34, p. 159 – 170, 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e Súmula Vinculante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MASSON, Cleber Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120), Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MELO FILHO, Álvaro. O princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública. Revista de informação legislativa, Brasília, DF, v. 31, n. 123, p. 113-127, jul./set. 1994. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176259>

MONNERAT, Fabio Victor F. Súmulas e precedentes qualificados. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. Algumas Considerações Sobre a Súmula 231 do STJ. Julho de 2022. Disponível em: <https://iuscommune.paginas.ufsc.br/files/2020/07/Algumas-considerac%CC%A7o%CC%83es-sobre-a-su%CC%81mula-231.pdf>

MOTTA, Sylvio. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

NUCCI, Guilherme de S. Manual de Direito Penal. Volume Único. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

PASCHOAL, Janaina C. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Manole, 2015.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 34, n. 133, p. 51-64, jan./mar. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/193>

ROIG, Rodrigo Duque E. Aplicação da pena : limites, princípios e novos parâmetros. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSSETTO, Enio L. Teoria e Aplicação da Pena. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal : parte geral. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Elementos de Teoria Geral do Direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. Hermenêutica e interpretação jurídica. São Paulo: Saraiva, 2023.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. Súmula Vinculante: um estudo à luz da Emenda Constitucional nº 45 de 08.12.2004. 2 ed. rev. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá, 2006.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel. São Paulo: Saraiva, 2001.