



**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE**  
**CURSO DE DIREITO**

**VINICIUS DOS SANTOS ARAUJO**

**SÚMULA 231 DO STJ: UMA REFLEXÃO ACERCA DA VIOLAÇÃO AOS**  
**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS**

**ARACAJU**  
**2019**

**VINICIUS DOS SANTOS ARAUJO**

**SÚMULA 231 DO STJ: UMA REFLEXÃO ACERCA DA VIOLAÇÃO AOS  
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fanese como requisito parcial e obrigatório para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Anderson dos Santos Campos

**ARACAJU  
2019**

A658s

ARAÚJO, Vinicius dos Santos

SÚMULA 231 DO STJ: UMA REFLEXÃO ACERCA DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS / Vinicius dos Santos Araújo; Aracaju, 2019. 45p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador(a) : Prof. Esp. Anderson dos Santos Campos.

1. Inconstitucionalidade 2. da Súmula 231 do STJ. 3. Ofensa Direta 4. a Constituição..

342.562 (813.7)

Elaborada pela bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

VINÍCIUS DOS SANTOS ARAUJO


**SÚMULA 231 DO STJ: UMA REFLEXÃO ACERCA DA VIOLAÇÃO AOS  
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS**


Monografia apresentada à Faculdade de  
Administração e Negócios de Sergipe como  
exigência parcial para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Aprovado em 07/12/2019

BANCA EXAMINADORA

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Esp. Anderson dos Santos Campos (Orientador)  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

  
\_\_\_\_\_  
Profa. Esp. Niully Nayara Santana Campos  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Esp. Gleison Parente Pereira  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

## RESUMO

O presente trabalho almeja, através de uma apresentação esmiuçada acerca dos princípios constitucionais penais diretamente relacionados com o enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, analisar se a pena pode ser diminuída para aquém do patamar mínimo legal em abstrato na segunda fase da dosimetria da pena em razão da aplicação de circunstância atenuante genérica, tecendo breves considerações sobre os precedentes utilizados para o assentamento jurisprudencial sumulado, os fundamentos que ensejaram a sua criação, quais objetivos pretendidos e principalmente quais consequências oriundas da sua aplicação dentro do sistema de direito repressivo brasileiro, perlustrando-se em comparação entre os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis a manutenção do respectivo enunciado defendidos pela doutrina e jurisprudência. Em que pese o entendimento assente posto em sentido inverso, parte considerável da doutrina vem defendendo sua inconstitucionalidade, por acreditar na impossibilidade de uma interpretação jurisprudencial ter o condão de recrudescer uma garantia constitucional, diante do viés garantista arraigado na Carta Magna, que assegura peremptoriamente a defesa dos princípios constitucionais fundamentais e garantias individuais em detrimento de decisões infundadas e manifestadamente inidôneas, necessitando ser inarredavelmente assegurada a individualização da pena no caso concreto com intuito de legitimar o poder punitivo do Estado.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade da Súmula 231 do STJ. Ofensa Direta a Constituição.

## **ABSTRACT**

The present work aims, through a detailed presentation about the criminal constitutional principles directly related to the statement of Precedent 231 of the Superior Court of Justice, to analyze if the penalty can be reduced below the legal minimum threshold in abstract in the second phase of the dosimetry. penalty because of the application of a general attenuating circumstance, giving brief considerations on the precedents used for the summated jurisprudential settlement, the grounds that led to its creation, which objectives were intended and especially which consequences derive from its application within the Brazilian repressive law system, Comparing the favorable and unfavorable positions, the maintenance of the respective statement defended by the doctrine and jurisprudence is compared. In spite of the opposite view, a considerable part of the doctrine has been defending its unconstitutionality, believing in the impossibility of a jurisprudential interpretation to be able to revive a constitutional guarantee, in view of the guaranteeing bias rooted in the Magna Carta, which preemptorily ensures the defense of fundamental constitutional principles and individual guarantees to the detriment of unfounded and manifestly inept decisions, the individualization of punishment in the concrete case in order to legitimize the punitive power of the State.

**Keywords:** Unconstitutionality of Precedent 231 of the STJ. Direct Offense to the Constitution.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2 ORIGEM E PRECEDENTES ENSEJADORES DA SÚMULA 231 DO STJ.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1 Posicionamentos a Favor do Enunciado .....</b>	<b>10</b>
<b>2.2 Posicionamentos Contrários ao Enunciado .....</b>	<b>14</b>
<b>3 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PENAS VIOLADAS .....</b>	<b>24</b>
<b>3.1 O Garantismo Penal.....</b>	<b>26</b>
<b>3.2 Da Individualização Da Pena .....</b>	<b>28</b>
<b>3.3 Da Legalidade .....</b>	<b>30</b>
<b>3.4 Da Isonomia .....</b>	<b>34</b>
<b>4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ POR OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>35</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>39</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>40</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal brasileiro é alicerçado no viés assecuratório fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988, impondo-se ao Estado notória limitação para o exercício do seu poder punitivo, haja vista que devem ser necessariamente observados os direitos e as garantias fundamentais constitucionais com intuito de dirimir ilegalidades, arbitrariedades e abusos em detrimento da liberdade do indivíduo.

Nesse sentido, a Carta Magna determina expressamente que, em decorrência da prática delitiva, o juízo, ao impor a sanção penal, deverá imperiosamente respeitar e assegurar a aplicação de vários preceitos constitucionais, em especial da individualização da pena, legalidade estrita e isonomia, com objetivo de resguardar o direito do condenado em ter uma pena justa, fundamentada e individualizada, com inarredável cotejo pormenorizado das peculiaridades do caso concreto, dentro dos parâmetros legais previamente instituídos pelo legislador.

Destarte, para aplicar a pena, o legislador escolheu o sistema trifásico de Nelson Hungria, em detrimento do sistema bifásico que tem como maior precursor Roberto Lyra, determinando assim, que o juízo deve realizar a dosimetria da pena, analisando na primeira fase as circunstâncias judiciais, em segunda fase as circunstâncias legais agravantes e atenuantes genéricas, objeto específico de análise desta pesquisa, e em terceira e última fase as causas de aumento e diminuição de pena.

Perlustrando-se na dosagem da reprimenda, emerge o ponto de partida dotado de relevante controvérsia teórica e prática, acarretadas pela divergência entre duas posições jurisprudenciais e doutrinárias acerca da possibilidade da redução da pena, que conduza a ultrapassagem do limite mínimo da pena cominada em abstrato, em decorrência da aplicação de circunstâncias atenuantes.

Ocorre que, a maioria da doutrina e jurisprudência entende que não é possível reduzir a pena para aquém do mínimo legal em abstrato em razão de circunstância atenuante, ao passo que não se pode aplicar uma reprimenda superior ao máximo legal, dessa forma, com fundamento de que a defesa do oposto utilizaria de dois pesos e duas medidas, critérios diversos por interpretação analógica jurisprudencial, assentaram entendimento contrário a disposição legal emanada pelo artigo 65 do Código Penal.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça, com intuito de assentar o entendimento majoritário, editou o enunciado da Súmula 231, que orienta pela impossibilidade da redução da pena aquém do mínimo legal em razão da aplicação de circunstância atenuante. Duas



décadas se passaram e parte da doutrina e jurisprudência vem defendendo sua inconstitucionalidade, por afrontar diretamente vários princípios constitucionais, em especial a individualização da pena, a legalidade estrita e a isonomia, bem como, por carecer de fundamento legal idôneo para embasar sua existência, posto que fora criada utilizando-se de precedentes eivados pela legislação já ultrapassada, anteriores a reforma do Código Penal de 1984 e a Constituição Federal de 1988.

Nesse jaez, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar a manifesta inconstitucionalidade da Súmula 231 do STJ, através de algumas considerações acerca dos princípios constitucionais penais possivelmente violados com a aplicação deste enunciado, além de apresentar os posicionamentos a favor e contra o teor da interpretação jurisprudencial assente, as justificativas teóricas e práticas que defendem seu cancelamento, bem como trazendo à baila as consequências sociais da inaplicabilidade da atenuação legalmente prevista.

Aqueles que defendem a impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal, na segunda etapa da dosimetria da pena, acreditam que direitos e garantias fundamentais individuais impostos pela Carta Magna podem ser suprimidos em detrimento do poder punitivo do Estado, contra a liberdade do indivíduo, contudo a Constituição Federal assevera muito pelo contrário, que o exercício desse poder estatal deve ser imperiosamente pautado na otimização e aplicação das garantias constitucionais.

Assim, a posição minoritária da doutrina e jurisprudência vem crescendo na defesa da possibilidade e necessidade irretorquível de atenuação da pena em razão da aplicação de circunstância atenuante, independentemente da pena-base ter sido fixada no patamar mínimo legal, notadamente por ser uma garantia constitucional do condenado e um direito estritamente assegurado pelo estado democrático de direito, pautado numa Constituição garantista que impede o recrudescimento de direitos e garantias penais, evidenciando flagrante inconstitucionalidade do entendimento sumulado.

Em seu primeiro capítulo, o presente trabalho pretende mostrar os motivos que levaram a criação do enunciado da Súmula 231 do STJ: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, os precedentes ensejadores, sua fundamentação jurídica, se realmente o princípio da legalidade seria violado com a aplicação estrita do conteúdo semântico disposto na lei, e se o juízo tem mesmo de ficar adstrito aos limites previamente estipulados, desconsiderando as peculiaridades do caso concreto em análise. Ao final, destaca-se os posicionamentos doutrinários a favor da manutenção da vigência e os contrários a vigência do enunciado e seus respectivos

fundamentos jurídicos.

Já no segundo, pretende-se trazer uma abordagem acerca do garantismo penal e suas reflexões no ordenamento jurídico brasileiro, bem como dos princípios da individualização da pena, da legalidade estrita e da isonomia, que são diretamente violados pela incidência do entendimento jurisprudencial assente na Súmula, e as consequências jurídicas das suas supressões, por decisões nulas, arbitrárias e flagrantemente inidôneas em face do indivíduo condenado.

E no terceiro, trata-se notadamente da necessidade de assegurar a garantia constitucional da individualização, aplicando a atenuação quando restarem presentes circunstâncias legais, pouco importando o estágio atual da reprimenda, pois depreende-se desse tópico que um direito fundamental individual não pode ser recrudescido em favor do poder punitivo desarrazoado do Estado, sob pena de ofensa direta aos princípios constitucionais supracitados e maculando-se vício de constitucionalidade.

Para a obtenção destes resultados foi utilizada pesquisa bibliográfica e documental, usando-se de livros e artigos científicos, além da legislação pátria, precedentes judiciais, jurisprudência e Súmula. Quanto à abordagem da pesquisa, trata-se da qualitativa, diante da complexidade que envolve a observação das consequências sociais e repressivas aos indivíduos condenados em estudo. No que tange aos objetivos, a pesquisa classifica-se como exploratória, já que almeja aprimorar e buscar mais informações a respeito do tema tratado, trazendo a visão da doutrina e jurisprudencial para tanto, além de descritiva, visto que procura descrever posicionamentos tanto no âmbito Constitucional quanto no estudo do Direito Penal.

A relevância desta arcabouço temático cinge-se no fato da impossibilidade da aplicação da circunstância atenuante genérica que conduza a redução da pena aquém do mínimo legal em decorrência de interpretação jurisprudencial equivocada, consubstanciada no enunciado da Súmula 231 do STJ, que não tem competência típica para legislar nem tampouco emanar interpretação *contra legem*, ao passo que o poder legiferante determina categoricamente a aplicação da atenuante, sem condicioná-la a fixação da pena-base acima dos limites mínimos legais.

Destarte, por violar flagrantemente a Constituição, no tocante aos princípios constitucionais da individualização da pena, legalidade estrita e isonomia, com propósito crucial de impor a justiça social, fundada no Estado Democrático de Direito, mostra-se necessário, assegurar a aplicação da garantia constitucional da atenuação da pena em razão da existência de circunstância atenuante no momento da dosimetria da pena, efetivando a interpretação sistemática do ordenamento jurídico a partir da Constituição Federal, refutando-

se inarredavelmente o recrudescimento de direitos e garantias fundamentais individuais.

## **2 ORIGEM E PRECEDENTES ENSEJADORES DA SÚMULA 231 DO STJ**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi criado o Superior Tribunal de Justiça para suceder o extinto Tribunal Federal de Recursos, sendo-lhe atribuída a competência para julgar em última instância a matéria infraconstitucional não especializada, incumbindo-lhe a uniformização da interpretação jurisprudencial da legislação federal. Suas decisões podem firmar entendimento como precedente e após reiterados precedentes no mesmo sentido, firmando jurisprudência a serem utilizadas para lastrear outras decisões judiciais (RIBEIRO, 2019).

Nesse diapasão, com intuito de formar um entendimento consolidado, podem os Tribunais Superiores assentar sua jurisprudência em Súmulas, que possuem a capacidade orientadora para os juízos ao aplicar a lei de acordo com a posição dominante das Cortes Superiores. Contudo, apesar de conduzir na interpretação da legislação em consonância com a jurisprudência sedimentada, não vinculam o posicionamento dos demais órgãos jurisdicionais, com ressalva para as Súmulas Vinculantes (RIBEIRO, 2019).

Diante disso, em 15 de outubro de 1999, o Superior Tribunal de Justiça decidiu editar o enunciado da Súmula 231, com o seguinte teor: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal”, com intuito de dirimir as controvérsias acerca da nova redação do Código Penal alterada pela lei 7.209/84, e com os reflexos da promulgação da Constituição Federal de 1988. Entretanto, acabou por violar princípios constitucionais penais, pois utilizaram-se de precedentes consubstanciados em orientação doutrinária e jurisprudencial ultrapassada (CANÍBAL, 2000).

Conforme depreende-se de alguns dos precedentes ensejadores:

**LIMITE DE INCIDÊNCIA DAS ATENUANTES RECONHECIDAS. III -** As atenuantes (no caso, as do art. 65, inciso I e art. 65, inciso III, letra "d", do Código Penal), nunca podem levar a pena privativa de liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo legal. Recurso conhecido e desprovido.

(REsp 146.056/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/1997, DJ 10/11/1997, p. 57830).

**PENAL. PENA-BASE. MINIMO LEGAL. MENORIDADE E CAUSA DE AUMENTO. FIXAÇÃO DA PENA. CRITERIOS. 1. O SISTEMA**

ADOTADO PELO CODIGO PENAL IMPEDE QUE, ESTABELECID A PENA-BASE CONSIDERADAS AS CIRCUNSTANCIAS JUDICIAIS, EXISTINDO CIRCUNSTANCIA ATENUANTE, O JUIZ DIMINUA A PENA ABAIXO DO ESTABELECIDO EM LEI. PORTANTO, FIXADA A PENA-BASE NO MINIMO LEGAL, MESMO LEVANDO EM CONTA A MENORIDADE DO REU, A PENA NÃO PODE SER REDUZIDA PARA QUANTIDADE INFERIOR AO MINIMO ABSTRATAMENTE CONSIDERADO. E QUE AS CIRCUNSTANCIAS LEGAIS INFLUEM SOBRE O RESULTADO A QUE SE CHEGA NA PRIMEIRA FASE, CUJOS LIMITES, MINIMO E MAXIMO, NÃO PODEM SER ULTRAPASSADOS.

(REsp 46.182/DF, Rel. Ministro JESUS COSTA LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/1994, DJ 16/05/1994, p. 11779).

A Súmula foi editada sob o fundamento que apesar das alterações feitas pela reforma penal de 1984, independentemente do sistema trifásico de dosimetria da pena, vigente no país, as circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas não podem levar a pena a ultrapassar os limites máximos e mínimos previamente estipulados ao tipo. Com argumento de que, caso superasse tais parâmetros, haveria violação ao princípio da legalidade, pois nessa concepção deve o juízo ater-se necessariamente aos respectivos limites impostos pelo legislador (GRECO, 2015).

Desde sua edição, evidencia-se notória posição jurisprudencial dominante, que vem aplicando o enunciado da Súmula, sem tomar a devida observância dos preceitos constitucionais consagrados pelo Estado de Direito, consubstanciados na corrente doutrinária majoritária que endossa indiscriminadamente seu teor violador. Contudo, parte da doutrina ainda minoritária, passou-se de remanescente para crescente e devidamente fundamentada, que milita na busca do cancelamento do enunciado 231 do STJ, por defender sua notória inconstitucionalidade, haja vista inexistir fundamento legal que contemple interpretação jurisdicional tão recrudesciente de garantias fundamentais individuais em favor do poder punitivo estatal (CUNHA, 2016).

## **2.1 Posicionamentos a Favor do Enunciado**

Destaca-se que alguns penalistas vêm defendendo a fixação da pena aquém do mínimo legal, seguindo o preceito legal ao pé da letra, ao passo que, dispõe claramente que são circunstâncias que sempre atenuam a pena. Essa posição vem crescendo fortemente, porém, com fundamentos diferenciados, o que acaba por enfraquecer tal corrente. Nesse

sentido, os defensores do rompimento do mínimo legal não utilizam o mesmo critério para as circunstâncias agravantes, enquanto a pena base estiver no teto, existindo agravante, poderia o juízo ultrapassar o máximo legal, desse modo evidencia-se dois pesos e duas medidas (NUCCI, 2017).

Salienta-se que, por não integrarem a estrutura do tipo legal, circunstâncias atenuantes não podem conduzir a pena abaixo nem para acima dos limites previamente estabelecidos, ao contrário do que ocorre com as qualificadoras e as causas de diminuição e aumento de pena. Desta feita, diante dos parâmetros elencados pelo legislador, não se pode o juízo romper tais limites nem para aplicar atenuantes nem tampouco para agravar a pena, devendo estipular a reprimenda dentro destes (NUCCI, 2017).

Ocorre que, as causas de diminuição e aumento de pena fazem parte da estrutura típica do crime, assim o juízo só as aplica consoante prévia orientação legal, tratando-se de *tipicidade por extensão*. Nesse diapasão, as circunstâncias atenuantes não têm o mesmo condão, pois apenas tem o fito de equalizar a pena do réu de acordo com situações específicas do agente ao momento da prática delitiva. Pois são circunstâncias de caráter objetivo ou subjetivo inseridas fora do tipo penal com o intuito de dosar a reprimenda dentro dos limites abstratos da pena (NUCCI, 2017).

Mostra-se evidente que, por não integrar a estrutura do tipo penal, o legislador não indicou expressamente qual percentual de diminuição para cada circunstância, desta feita aplicar a pena ultrapassando os limites penais abstratos legais, acarretaria intromissão indevida do poder judicante na função legiferante do Estado. Por esses motivos, e diante da recorrência de jurisprudências no mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu por editar o enunciado da Súmula 231, com a seguinte redação: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal” (MASSON, 2014).

Notadamente, mostra-se imperioso observar que, apesar de possuírem caráter obrigatório, as circunstâncias legais merecem destaque ímpar para o abrandamento e agravamento de pena, pois, mesmo quando restarem presentes nos autos, não poderá o juízo deixar que aplica-las, sob pena de nulidade, contudo convém ressaltar que, mesmo havendo tais circunstâncias na dosimetria da pena, dever-se considerar sobretudo os limites máximo e mínimo elencados na reprimenda, ao passo que, se a pena-base for fixada nestes patamares não poderão ultrapassá-los em razão do respectivo reconhecimento (MASSON, 2014).

Ainda que presentes muitas circunstâncias atenuantes e agravantes, mesmo sendo obrigatórias, serão elas inócuas se na primeira fase da dosimetria da pena, esta for fixada no mínimo e máximo legalmente previstos, pois seria inconcebível que a atividade jurisdicional

aplicasse uma pena fora dos limites legais, haja vista a ausência de determinação legislativa, pois adentraria, assim, no âmbito de competência legiferante, maculando de violação o princípio da separação de poderes do Estado, por trazer inovação legal que só poderia ser sustentada pela atuação do legislador (MASSON, 2014).

As circunstâncias legais genéricas são de incidência obrigatória, ao passo que, quando evidenciadas, devem necessariamente ser reconhecidas e devidamente aplicadas. Contudo, a imperatividade da disposição exarada pelo legislador merece ser amenizada, haja vista consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, a valoração de circunstância legal não pode fazer com que a pena provisória ultrapasse os limites mínimo e máximo cominado ao tipo penal (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

Ao passo que, conseqüentemente pela omissão legislativa, não existe patamar legal para redução e agravamento da pena diante das circunstâncias, nesse ponto emergiu a necessidade da atuação judicante para solidificar o entendimento da aplicação de um sexto para mais ou menos da pena, por ser o menor índice estipulado pela legislação penal pátria para causas de aumento e diminuição. Por consequência do possível abrandamento aplicado, que acabaria por descaracterizar a *jus puniendi* do Estado, não restou saída para o órgão competente a não ser uniformizar a jurisprudência federal criando a Súmula 231 do STJ (MASSON, 2014).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal vem reafirmando esse entendimento:

2. O Supremo Tribunal Federal já assentou em regime de repercussão geral que circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Tema 158, RE 597.270, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 06.04.2009). 3. É inviável o processamento do apelo extremo quando sua análise implica rever a interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentaram a decisão a quo. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria apenas indireta. 4. Os recursos especial e extraordinário inadmitidos na origem não obstam a formação da coisa julgada. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 1092752 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-129 DIVULG 13-06-2019 PUBLIC 14-06-2019)

DESPACHO Este Supremo Tribunal submeteu as questões trazidas no presente processo à sistemática da repercussão geral (Recurso Extraordinário n. 597.270, Tema 158): repercussão geral reconhecida e mérito julgado. Pelo exposto, determino a devolução destes autos ao Tribunal de origem para observância dos procedimentos previstos nos incs. I e II do art. 1.030 do Código de Processo Civil (al. c do inc. V do art. 13 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 7 de fevereiro de 2019. Ministro Dias Toffoli Presidente Documento assinado digitalmente

(ARE 1187006, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 07/02/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 12/02/2019 PUBLIC 13/02/2019)

Todavia, uma parte considerável da doutrina discorda desse entendimento, tendo em vista que a reforma do Código Penal de 1984 não manteve a antiga redação que vedava a diminuição e aumento de pena fora dos limites legais em abstrato e que determinava que as circunstâncias judiciais, bem como as agravantes e atenuantes, deveriam ser fixadas dentro dos respectivos limites. Desta forma, diante da ausência de proibição da atual disposição legal, seria plenamente possível que a existência de circunstância atenuante conduzisse a pena aquém do mínimo legal (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

Contudo, a doutrina majoritária entende que tal posicionamento não merece progredir, pois apesar de inexistir vedação expressa pelo Código Penal, utilizando-se de interpretação sistemática da individualização da pena, mostra-se irrazoável que as circunstâncias legais genéricas, por possuírem caráter acidental, subjetivo ou objetivo, tenham maior importância na definição da reprimenda do que as próprias elementares, que são essenciais para estabelecer os patamares máximo e mínimo da sanção penal (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

Assim, a posição preponderante doutrinária defende que diante da possibilidade de fixação da pena provisória abaixo do mínimo legal em razão da aplicação da atenuante, inexistiria óbice para superação do limite máximo cominado em abstrato em razão de agravante, com arrimo no mesmo critério e fundamentação. Porém, tal aplicação acarretaria violação ao princípio da legalidade, pois a pena seria aplicada em dissonância com os patamares previamente estabelecidos na lei (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

Por consequência lógica da competência legislativa estatal, depreende-se que somente o legislador pode determinar os limites máximo e mínimo abstrato da reprimenda penal, assim estes haverão de ser observados diante da valoração das circunstâncias judiciais e legais, ao passo que resultam da aplicação do comando constitucional da legalidade estrita pena (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018).

Nesse sentido, a Súmula 231, do STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” Na mesma esteira, no julgamento de questão de ordem em RE, o Plenário do STF reconheceu Repercussão Geral e reafirmou sua jurisprudência no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, “as circunstâncias atenuantes genéricas não podem conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (SOUZA e JAPIASSÚ, 2018, p. 410).

Desta feita, quando a pena-base for fixada no mínimo legal em abstrato, as circunstâncias atenuantes não podem levar a pena aquém do patamar mínimo previamente estipulado. Contudo, destaca-se parte da doutrina e jurisprudência, no sentido da possibilidade da redução da pena aquém do mínimo legal, pois necessária observação do princípio da aplicação obrigatória. No entanto, para Jesus (2014), essa corrente mostra-se inconvincente, visto que, tais atenuantes não se confundem com as causas de diminuição da pena, pois as circunstâncias legais, atuam dentro do campo de individualização judiciária da pena, não refletindo na pena abstrata.

Para a doutrina majoritária conclui-se necessário que o juízo fique adstrito aos limites legais impostos pelo legislador, haja vista que, ao permitir que as atenuantes conduzam a ultrapassá-los, conseqüentemente inexistiria óbice para agravamento da pena além do máximo abstrato, acarretando assim, letal golpe ao princípio da legalidade das penas. Ao passo que, diante da ausência de estipulação do *quantum* para exacerbação ou atenuação da pena, resultaria em maior prestígio destas em detrimento das causas de diminuição de pena, que têm limites estipulados pelo legislador, fazendo com que a sanção penal pudesse ser agravada *ad absurdum* ou aproximar-se da pena zero (JESUS, 2014).

## 2.2 Posicionamentos Contrários ao Enunciado

As circunstâncias legais obrigatórias são especificadamente periféricas e gravitam ao entorno da figura típica do delito e possuem objetivo final de dosar a reprimenda aplicada ao condenado. Assim, não interferem na capitulação jurídica da infração penal, por restarem fora do tipo penal, ao contrário, das características elementares, que são indispensáveis e essenciais à figura típica, pois, sem estas, poderá o fato ser atípico ou caracterizar atipicidade relativa (GRECO, 2015).

Ressalta-se ainda que o legislador não fixou um *quantum* como parâmetro de agravamento ou atenuação da pena, ao contrário do que acontece com as causas de aumento e de diminuição de reprimenda que são analisadas na terceira fase da dosimetria da pena. Para estas, o legislador impôs tal parâmetro em frações de acordo com a especificidade de cada delito. Com isso, emerge a incerteza de até quanto poder-se agravar e atenuar a pena-base. Haja vista, a ausência ou presença de circunstância legal não modificar a definição do tipo penal (GRECO, 2015).

Ante a inexistência de critérios anteriormente previstos pela legislação penal, considerar-se-á o princípio da razoabilidade como norteador da aplicação do *quantum* de



atenuação e agravação da reprimenda. Desta forma, em respeito a determinação da razoabilidade, a doutrina vem entendendo que se mostra razoável aumentar ou diminuir a pena-base em até um sexto para cada circunstância do patamar fixado, em evidente cotejo com as causas de diminuição e de aumento de pena (GRECO, 2015).

Conforme assevera Bitencourt (2018, p. 219):

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

Diante da ausência de estipulação legislativa acerca do seu *quantum*, seguindo o exemplo da primeira fase da dosimetria da pena, fora designado ao prudente arbítrio do juízo impor fundamentadamente seu grau de agravação e atenuação. Imperioso destacar que, apesar da inexistência de previsão legal, entende a jurisprudência seguindo a doutrina majoritária que a dosagem da pena nesta fase não pode ultrapassar os limites máximo e mínimo abstratamente cominados, no preceito secundário da infração penal (CUNHA, 2016).

A segunda fase da dosimetria da pena tem como objetivo estipular a pena intermediária, dentro dos parâmetros limitadores do tipo penal. Partindo da pena-base, fixada na fase anterior, perfazendo incidir as circunstâncias agravantes e atenuantes, que foram elencadas na parte geral do Código Penal, e por isto são chamadas de genéricas, constituindo-se como objetivas ou subjetivas que não englobam a estrutura do tipo penal, mas vinculam-se ao delito, ao passo que devem ser obrigatoriamente consideradas pelo juízo (CUNHA, 2016).

Debruçando-nos a respeito, concluímos categoricamente pela dissonância entre os preceitos constitucionais fundamentais com o enunciado da Súmula 231 do STJ, visto que, presente circunstância atenuante, deverá ser peremptoriamente aplicada, pouco importando se a pena-base já estiver sido fixada no patamar mínimo legal, diante da sua obrigatoriedade elencada pelo legislador. Pois em respeito a finalidade de lei, esta dicção almeja indubitavelmente atenuar a pena, sempre que restarem presentes, não fazendo nenhuma ressalva para tal impedimento (GRECO, 2015).

Vislumbramos melhor o nosso raciocínio com a auxílio de um exemplo.

JOÃO (22 anos) e ANTONIO (19 anos) são condenados por homicídio (art. 121, pena abstrata de 6 a 20 anos). Ao aplicar a pena, o Magistrado não

vislumbrou circunstâncias judiciais relevantes, ambos primários e apresentando bons antecedentes. Apenas ANTONIO apresenta circunstância atenuante (da menoridade), não existindo agravantes. Ausentes causas de aumento e diminuição de pena. Percebam que, apesar de JOÃO e ANTONIO apresentarem condições distintas (ANTONIO era menor de 21 anos na data dos fatos), foram tratados de forma igual, ferindo a isonomia material. O juiz ficou impedido de individualizar a pena em relação a ANTONIO, ignorando suas condições pessoais, tudo em nome de uma vedação criada pela doutrina, sem amparo legal. (CUNHA, 2016, p. 433)

Destarte, diante da doutrina dominante seguindo o entendimento assentado pela jurisprudência, não podemos ser coniventes com tamanha violação, pois o artigo 65 do Código Penal assevera rigorosamente que a pena será sempre atenuada quando presentes circunstâncias atenuantes genéricas, assim, por força do comando legal, não deve o poder judicante, por meio da sua interpretação, deixar de observar os preceitos individuais constitucionalmente garantidos (CUNHA, 2016).

Em defesa da Constituição, considerável parcela da doutrina assevera irretorquivelmente que esse posicionamento violador pela inaplicabilidade do direito de atenuação da pena se mostra digno de críticas, posto que não há previsão legal que assegure tal impedimento. Destarte, proibir a redução em razão das circunstâncias atenuantes quando a reprimenda estiver fixada no patamar mínimo não só configura evidente violação a legalidade, como o impede de individualizar a pena, culminando afrontoso desrespeito à Constituição, por aplicar penas iguais a indivíduos em condições distintas (CUNHA, 2016).

Mostra-se oportuno destacar que a orientação contida na Súmula 231 do STJ, sem fundamento legal, afronta no mínimo três princípios constitucionais, haja vista que as garantias do indivíduo, respaldadas na individualização da pena, legalidade estrita e isonomia, preponderam sob o poder punitivo do Estado e devem ser peremptoriamente observados no momento da dosimetria da pena, pois não se pode enaltecer poder estatal por meio do recrudescimento de direitos fundamentais (CUNHA, 2016).

Assim, esclarece Bitencourt (2018, p. 1239):

O entendimento contrário à redução da pena para aquém do mínimo cominado partia de uma interpretação equivocada, que a dicção do atual art. 65 do Código Penal não autoriza. Com efeito, esse dispositivo determina que as circunstâncias atenuantes 'sempre atenuam a pena', independentemente e já se encontrar no mínimo cominado.

Assim, emerge como um dos assuntos mais polêmicos da dosimetria da pena, pois estando presentes no caso concreto, tratando-se de norma cogente, as circunstâncias

atenuantes devem ser obrigatoriamente aplicadas para atenuar a pena do indivíduo, independentemente de onde se encontra a pena-base. Restando ao prudente arbítrio do juízo apenas e tão somente a estipulação do *quantum* de diminuição, pois ausente na disposição legal (MACHADO; AZEVEDO, 2017).

A jurisprudência dominante vem se mantendo inflexível e quase uníssona acerca da impossibilidade de redução da pena aquém dos limites mínimos cominados ao delito, fundamentado este posicionamento apenas em justificativas meramente ideológicas, ilegítimas para lastrear tal proibição. Assim, denota-se evidente interpretação equivocada, em total incompatibilidade com a relevância semântica do princípio da legalidade estrita e as demais garantias constitucionais vigentes, em desrespeito à Constituição (MACHADO; AZEVEDO, 2017).

Pelo contrário, o juízo não só pode, como deve aplicar a pena abaixo do mínimo legal, quando estiverem presentes as circunstâncias atenuantes, após análise pormenorizada do caso concreto, em respeito a norma de ordem pública, que em Direito Penal impõe-se cogente. Assim, não há fundamento legal nem tampouco desculpa capaz de convalidar tamanha ofensa aos preceitos constitucionais da individualização da pena, isonomia e legalidade estrita (MACHADO; AZEVEDO, 2017).

Nessa perspectiva o próprio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

PENAL. PENA. INDIVIDUALIZAÇÃO. PENA-BASE. GRAU MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. INCIDÊNCIA. REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. - No processo trifásico de individualização da pena é possível a sua fixação definitiva abaixo do mínimo legal na hipótese em que a pena-base é fixada no mínimo e se reconhece a presença de circunstância atenuante, em face da regra imperativa do art. 65, do Código Penal, que se expressa no comando literal de que tais circunstâncias **sempre atenuam a pena** - Habeas corpus concedido.

(HC 9.719-SP, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. F. Gonçalves, Rel. p/acórdão Min. Vicente Leal, DJ 25/10/99). (Destaque nosso)

Nesse sentido, importante salientar que o princípio da legalidade estrita opera como garantia assecuratória limitadora contra o uso desenfreado e incompatível do poder estatal em face do indivíduo e em detrimento dos parâmetros esculpidos pela sistematização do ordenamento jurídico garantista. Ademais, em decorrência lógica, as circunstâncias legais não poderão ser consideradas para o agravamento da pena não previamente elencada na lei, como forma de impedimento de arbitrariedade, ao passo que é defeso transigir em matéria repressiva, sobrepondo-se a lei (MACHADO; AZEVEDO, 2017).

A previsão expressa de atenuantes inominadas do artigo 66 do Código Penal, em contrapasso à ausência de agravantes inominadas, demonstra por si só, por intermédio da interpretação teleológica plausivelmente adequada, que o jaez sistemático de legalidade estrita nos orienta para conter a excessiva atuação do poder punitivo, que se constitui entre os níveis razoáveis e máximos de exercício. Obviamente o sistema de contenção não detém, nem exprime a necessidade de limites mínimos (MACHADO; AZEVEDO, 2017).

Haja vista inexistirem patamares mínimos de sanção que devem ser compulsoriamente impostos aos condenados. Quando a jurisprudência impede a redução da pena aquém do mínimo legal em abstrato escolhido pelo legislador, no mínimo, ofende o princípio da separação de poderes, pois o congresso criminaliza a conduta e estipula as penas máximas e mínimas, deixando a cargo do poder judiciário apenas aplicá-las de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto (MACHADO; AZEVEDO, 2017).

No entanto, a jurisprudência majoritária, em indesejada subserviência política ao congresso nacional, engessa a atividade jurisdicional ao impedir que os juízos apliquem as circunstâncias atenuantes que levem a pena aquém do limite mínimo, desconsiderando a presença apta a reduzir a carga punitiva previamente imposta pelo legislador. Assim, mostra-se inarredável prejuízo ao indivíduo que detém o direito de uma pena individualizada com respeito as garantias constitucionais (MACHADO; AZEVEDO, 2017).

Em confronto com a corrente jurisprudencial preponderante, parte significativa da doutrina vem tutelando com firmeza a possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal em razão da aplicação de atenuantes, pontuando a “carência de fundamento jurídico” da Súmula 231 do STJ, em face da ausência de lei proibindo que a pena-base possa ultrapassar o mínimo cominado, além de afirmar que a pena aquém do mínimo é garantia constitucional e sua vedação é manifestamente inconstitucional (BITENCOURT, 2018).

No sentido do nosso entendimento, destacam-se os seguintes precedentes:

Possibilidade, na visão da Câmara, de fixação da pena aquém do mínimo legal, por incidência de atenuante

(TJRS, AC 70029176542, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, DJ 30/7/2009).

Os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena abrigam a possibilidade de, estando a pena-base fixada no mínimo legal, romper com este limite se presente atenuante prevista legalmente

(TJRS, Ap. Crim. 70020082814, 5ª Câ. Crim. Rel. Des. Aramis Nassif, j. 11/7/2007).

A aplicação de atenuante é direito do réu, motivo pelo qual deve ser aplicada mesmo que a pena fique aquém do mínimo

(TJRS, Ap. Crim. 70017019944, 5ª Câ. Crim. Rel. Des. Genacéia da Silva Alberton, j. 23/5/2007).

Mostra-se plausível o entendimento contrário ao enunciado da Súmula 231 do STJ, pois havendo a existência de circunstância atenuante, o juízo tem o dever de conduzir a dosagem da pena aquém do mínimo legal, mesmo se for fixada pena-base na etapa anterior. Haja vista, inexistir ressalva legal para aplicação da atenuação, muito pelo contrário, determina com convicção que será sempre diminuída a pena quando presente atenuante. Oportuno salientar, também, que o rol de atenuantes é meramente exemplificativo, diante da existência do artigo 66 do Código Penal, diretamente oposto do rol das agravantes, que possuem rol taxativo (GRECO, 2017).

Expressamente previsto no artigo 65 do Código Penal, mostra-se como garantia do indivíduo assegurada pela sistemática do garantismo penal, intrinsecamente ligada a individualização constitucional da pena, que é direito fundamental, alicerce do ordenamento jurídico pátrio, cuja determinação extrai-se do conteúdo semântico não autorizativo inserido pelo legislador. Deste modo, não há espaço para dúvida acerca da disposição legal que enseje a interpretação analógica maléfica, pois, na ausência de óbice legal, o impedimento da sua aplicação por força da interpretação jurisprudencial ofende diretamente a Constituição (BITENCOURT, 2018).

Assim, evidencia-se que o assente entendimento contrário a aplicação da garantia constitucional da redução da pena aquém do limite mínimo legal parte de uma equivocada interpretação, sem fundamento legal e lógico, pois sem maiores digressões, basta observar pormenorizadamente o sistema constitucional de garantias fundamentais, para perceber que tal vedação impede a efetivação plena de princípios assegurados pela Constituição, maculando-se de inconstitucionalidade (BITENCOURT, 2018).

Oportuno destacar, ainda, quando o juízo nega a vigência da disposição legal, por entender que a interpretação jurisprudencial prevalece sobre a finalidade da lei, acaba culminando em analogia *in malam partem*, que é inarredavelmente vedada em direito penal para suprimir um direito público subjetivo, por sua obrigatoriedade de aplicação, diferenciando-se da interpretação analógica, por ser apenas um meio de aplicação da norma

positivada, buscando aplicar preceitos ou princípios gerais do direito (BITENCOURT, 2018).

Com intuito primordial em colmatar determinada lacuna deixada pela lei, apresenta-se fortemente na sua função integrativa do sistema jurídico. Diferentemente da interpretação analógica, que como denota-se pela nomenclatura, tão somente uma forma de interpretar, tendo por finalidade encontrar a vontade da lei. Contudo, neste caso não há disposição legal omissa ou obscura, cujo sentido exato tenha necessidade de esclarecer, com efeito, inexistente determinação legal que obste a atenuação da pena abaixo do mínimo (BITENCOURT, 2018).

Diante disso, mostra-se inadequado equiparar situações distintas, disposições legais benéficas e maléficas ao indivíduo condenado, com intento de suprir a vontade do legislador com um entendimento jurisprudencial que nos parece infundado e incorreto, em detrimento do direito assegurado pela Constituição, ante a ausência de norma que englobe especificadamente a aplicação da redução da reprimenda conduzida por circunstância atenuante, independentemente da pena-base fixada na etapa anterior da dosimetria da pena (BITENCOURT, 2018).

Consubstanciado na garantia constitucional da legalidade estrita, em decorrência da inexistência de lei obstando a diminuição quando a pena estiver no patamar básico estipulado pelo legislador, clarividente é a necessidade de respeitar a disposição legal, que determina peremptoriamente a atenuação da reprimenda sem condicionantes indiscriminadamente, ou seja, sempre, pouco importando onde se encontra fixada a pena-piso. Por outra banda, reconhecê-la na condenação a fim de evitar nulidade, mas eximir-se de efetivamente aplicá-la com a devida atenuação, configura-se uma farsa em total afronta direta a reserva legal (BITENCOURT, 2018).

Seria igualmente desabonador fixar a pena-base acima do mínimo legal, ao contrário do que as circunstâncias judiciais estão a recomendar, somente para simular, na segunda fase, o reconhecimento de atenuante, previamente conhecida do julgador. Não é, convenhamos, uma operação moralmente recomendável, beirando a falsidade ideológica (BITENCOURT, 2018, p. 1242).

Como dogmática penal, mostra-se praticamente assente o posicionamento da jurisprudência dos tribunais que defende em completo equívoco, a impossibilidade de atenuação que ultrapasse o limite mínimo legal em abstrato da pena cominada ao tipo penal, consubstanciada na Súmula 231 do STJ. Contudo, tal limitação acerca da possibilidade de redução ainda é relevante, por haver quem defenda veementemente o contrário, baseando-se nos princípios constitucionais penais (SANTOS, 2014).

Não obstante, vem crescendo parte considerável da doutrina que admite e milita pela atenuação da pena aquém do limite mínimo legal previamente cominado, por dois fundamentos principais, o primeiro, é a inexistência de óbice legal que impeça a atenuação da pena abaixo do mínimo legal em razão de circunstâncias atenuantes, haja vista o princípio da legalidade abarcar em seu bojo o viés assecuratório garantista consagrado com a força normativa da Constituição, que sistematicamente garante a liberdade do indivíduo e limita o poder punitivo estatal (SANTOS, 2014).

O segundo, evidenciado pelo critério utilizado pela corrente majoritária para defender o enunciado, afronta cabalmente os princípios da individualização da pena, da princípio da isonomia e da legalidade, pois norma cogente em direito penal deve ser indiscutivelmente aplicada, bem como direitos e garantias asseguradas em lei não podem em nenhuma hipótese deixar de ser aplicados por supressão decorrente de interpretação jurisprudencial a contrário sensu da própria lei (SANTOS, 2014).

Assentado na vedação de circunstâncias agravantes excederem o limite máximo de pena cominada em abstrato, por força da aplicação do processo de integração do direito penal, notoriamente proibido pelo princípio da legalidade. Ocorre que, em se tratando de circunstâncias atenuantes genéricas, a corrente majoritária da doutrina e da jurisprudência deixa de observar ditames principiológicos que denotam norma de ordem pública, precipuamente elencada na Constituição para assegurar a aplicação de direitos e garantias individuais (SANTOS, 2014).

Neste sentido, quando da aplicação da dosimetria da pena, logo após fixar a pena-base, de acordo com as circunstâncias judiciais, serão consideradas as circunstâncias legais genéricas, dotadas de caráter objetivo ou subjetivo e de evidente obrigatoriedade de observação. Expressamente previstas no artigo 61 e 65 do Código Penal, as atenuantes e agravantes possuem um condão singular, qual seja, dosar a pena intermediária de acordo com as peculiaridades do caso e do indivíduo (GRECO, 2015).

Assim, desde a reforma do Código Penal de 1984, emergiu notória discussão em torno da possibilidade de reduzir a pena intermediária aquém do patamar mínimo em abstrato, quando for fixada pena-base no piso diante da aplicação de circunstância atenuante ao condenado ou aumentá-la para além do máximo previamente cominado na segunda fase da dosimetria da pena, quando houver circunstância agravante em seu desfavor (GRECO, 2015).

Em que pese o entendimento majoritário dos órgãos judicantes na defesa da aplicação da Súmula 231 do STJ, sua manutenção dentro do atual ordenamento jurídico brasileiro mostra-se evidentemente infundada, necessitando apenas analisar através da

concepção sistemática com a força normativa constitucional, a validade de uma interpretação jurisdicional contrária as próprias disposições constitucionais, como a individualização da pena, isonomia e legalidade. Assim, sem maiores digressões, depreende-se que o respectivo entendimento se encontra em completa dissonância com a efetivação de direitos e garantias fundamentais impostas pela Carta Magna (GRECO, 2015).

Ressalta-se o amplo entendimento que, infelizmente é defendido pela maioria dos doutrinadores, por não observar alguns preceitos constitucionais, acabam por fazer interpretação inversa da lei ao não permitir a redução da pena-base diante da existência de circunstância atenuante. Insta salientar que, tal interpretação se encontra cabalmente em *contrário sensu*, haja vista que o legislador não inseriu óbice para sua aplicação quando esta já for fixada no patamar mínimo (GRECO, 2015).

Nem, tampouco, condicionou a aplicação para quando a pena excepcionalmente for fixada acima do limite mínimo em abstrato. Muito pelo contrário, a redação do artigo 65 do Código Penal determina, categoricamente, que “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”. Assim, mostra-se sua inequívoca vontade de aplicar a atenuante, quando estiverem presentes, sem exceções, pois exterioriza-se como norma cogente, devendo ser sempre observada e aplicada por sua natureza de ordem pública (GRECO, 2015).

Destarte, tal contenda não considerar-se-á apenas e tão somente uma mera discussão acadêmica, haja vista indubitável repercussão prática, por clarividente injustiça consequente da aplicação inversa da lei, em confronto com garantias constitucionais respaldadas no estado democrático de direito, diante da transigência intrinsecamente desordenada e desautorizada de um direito assegurado na legislação, em detrimento peculiaridades acerca do delito, com fundamento de resguardar o próprio direito punitivo do Estado (GRECO, 2015).

Raciocinemos com um exemplo. 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 (GRECO, 2015, p. 659).

Desse modo, seguindo a linha de raciocínio, imaginemos que no caso em concreto



inexistirem causas de aumento e diminuição de pena, ao serem analisadas na terceira fase da dosimetria da pena, e ao desenlace fosse aplicada reprimenda de onze meses de reclusão, resultaria em efeitos adversos no instituto da prescrição penal, por acarretar inviabilização da aplicabilidade do direito constitucionalmente assegurado do condenado. Prejudicando não só o indivíduo pelo *quantum* final de pena, mas a toda sociedade pela afronta a nossa Constituição (GRECO, 2015).

Ademais, quando os juízos acabam por aumentar a pena-base com fundamentação cabalmente inidônea, para que na fase subsequente possam reduzi-las em razão do reconhecimento de circunstâncias legais genéricas com observância da Súmula 231 do STJ, fundada no recrudescimento de direitos e garantias, outrora repudiadas pela doutrina garantista, trazem à baila uma falsa observância dos princípios constitucionais para aplicação das atenuantes, maculando decisões com nulidade e transgredindo ainda mais a finalidade da lei (GRECO, 2015).

Essa atuação incongruente em aplicar as atenuantes, mostra-se apenas como um modo de burlar a legislação, haja vista, quando o réu tiver todas as circunstâncias judiciais favoráveis, conseqüentemente tem o direito de que sua pena seja dosada sem interferência de valoração negativa destas, assim sendo, fixada no patamar mínimo legal. Assevera-se ainda que, na dosimetria da pena, aumentá-la em qualquer proporção para, mais a frente, vir a decotá-la com intuito de aplicar circunstância atenuante, dentro dos limites impostos por uma Súmula, denota evidente sofisma concebido com propósito de ludibriar da sua fiel aplicação (GRECO, 2015).

Oportuno salientar ainda que, valer-se do argumento de que o juízo legislaria se atenuasse a pena aquém do mínimo ou aumentasse para além do máximo legal, nos apresentasse inconvincente, visto que o legislador atribuiu ao artigo 59 do Código Penal, fixar a pena-base, categoricamente com determinação de impor uma reprimenda aplicável dentro dos limites legalmente previstos. Ocorre que, essa vedação não pode estender-se as etapas seguintes da dosimetria da pena, conforme depreende-se do artigo 68 do mesmo diploma (GRECO, 2015).

Por conseguinte, deixar de aplicar a circunstância atenuante para não conduzir a pena provisória a ultrapassar os limites mínimos cominados ao tipo penal, desconsiderando a vigência do artigo 65 do Código Penal, que não faz ressalva para sua aplicabilidade ao referido limite viola indubitavelmente o direito do indivíduo à pena individualizada e justa, caracterizando manifesta inconstitucionalidade abarcada pelo enunciado da Súmula 231 do STJ (BITENCOURT, 2018).

### 3 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PENAIS VIOLADAS

O ordenamento jurídico constitui-se como um sistema coordenado e lógico, lastreado por princípios, cuja finalidade é garantir a coerência prática na aplicação das normas em todas as áreas do direito. Os princípios destacam-se como causa primária de algo ou norteadores de determinado posicionamento, por se tratar de elemento preponderante a ser analisado na aplicação das normas jurídicas positivadas. No sistema jurídico, possui como maior característica seu conteúdo extremamente abrangente, servindo de orientação para interpretação, integração, conhecimento e aplicação das leis em consonância com a Constituição (NUCCI, 2015).

Imperioso destacar que, os princípios são normas de grau elevado de generalidade, com propósito de abarcar várias situações e solucionar diversos impasses, assim, concordamos categoricamente com a conceituação feita por ALEXY (2006, p. 87):

Normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas

Mostra-se evidente que o sistema jurídico necessita de otimização realizada pela priorização da observância principiológica, em detrimento das disposições legislativas infraconstitucionais. No entanto, tal prevalência não significa, por conseguinte, a efetivação da primazia dos princípios como única e exclusiva fonte normativa a ser aplicada e respeitada pelos órgãos jurisdicionais. Haja vista, sua prevalência emerge peremptoriamente da coexistência com a legislação vigente, regendo-o como norteador da integração entre as normas específicas, conferindo maior consistência ao ordenamento (NUCCI, 2015).

O poder legislativo ao criar as normas que compõem o direito positivado no Brasil, pode inclusive elaborar princípios, apesar de atualmente serem em sua maioria emanados pela Constituição Federal. Em que pese não haver vedação, raramente o legislador infraconstitucional estipula princípios. Desta feita, cabe ao operador do Direito analisar pormenorizadamente o conjunto normativo da área, para indicar os princípios aplicáveis ao caso concreto (NUCCI, 2015).

Portando, diante da existência de princípios constitucionais e infraconstitucionais, ainda que em disparidade por vontade legislativa, impõe destacar a importância e prevalência

dos primeiros, por solidificarem os ditames do texto fundamental do Estado de Direito, enquanto que os segundos devem ser compreendidos com correlação aos primeiros e servindo como norteador para exígua aplicação das normas específicas para cada área (NUCCI, 2015).

Destarte, os princípios sintonizam harmonicamente a essência máxima dos direitos e garantias fundamentais, haja vista denotar sua principal função, qual seja, proteger e assegurar a observância e aplicação estrutural dos direitos fundamentais, conforme evidencia-se na doutrina de Nucci (2015, p. 26):

Ilustrando, o princípio da presunção de inocência não afronta o direito à segurança, nem privilegia de modo absoluto o direito à liberdade. Em harmonia, assegura constituir o direito à liberdade a regra no Estado Democrático de Direito, justamente porque o estado natural do ser humano é nascer livre, assim devendo permanecer durante toda a sua existência. De outro lado, havendo culpa e sendo necessária a prisão, para garantia da segurança, cede o estado de inocência, após o devido processo legal, podendo-se impor a perda temporária da liberdade. Nota-se, pois, a coordenação dos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, somente para citar o básico, até que se possa impor a pena justa, dentro de critérios e princípios de humanidade, proporcionalidade, individualização e responsabilidade pessoal.

Consubstancia-se em nosso entendimento todos os princípios garantistas que regem a matéria penal, intrinsecamente ligados aos mais relevantes valores essenciais da dignidade da pessoa humana, possuem sempre a mais pura acepção semântica da palavra, não se embarçando com meras normas legais. Demonstrando a ampla defesa, que é um princípio apto a prevalecer todo e qualquer entrave estipulado pela legislação ordinária, devendo sempre ser aplicado (NUCCI, 2015).

Perlustrando-se como ocorre com o princípio do juiz natural e imparcial, crucialmente determinante para assegurar as garantias constitucionais penais, não se pode considerá-lo apenas uma simples norma, haja vista sua imperiosa e notória relevância jurídica na defesa dos direitos fundamentais, corroborando com maior solidez ao judiciário como poder de Estado, utilizando-se de medidas coercitivas para fazer valer a nítida finalidade da lei, legitimado pela Carta Magna a dispor dos interesses conflitantes (NUCCI, 2015).

Imperioso destacar ainda a determinação assecuratória respaldada na supremacia dos princípios constitucionais penais, que devem prevalecer sobre os princípios infraconstitucionais, afinal, são valores cruciais do Estado Democrático de Direito, e necessitam ser peremptoriamente observados e aplicados em decorrência da força normativa da Constituição lançada com o neoconstitucionalismo, com objetivo de valorizar a efetivação harmoniosa das normas constitucionais e infraconstitucionais, com exíguo intuito de enaltecer

a defesa das garantias fundamentais do indivíduo em todo no ordenamento jurídico pátrio (NUCCI, 2015).

### 3.1 O Garantismo Penal

Na Constituição Federal de 1988, foi inserido o garantismo penal nos moldes universais que nos assegura garantias fundamentais, como os princípios da individualização da pena, da legalidade estrita e da isonomia. Assim, todas as disposições legais devem observar e respeitar esses preceitos basilares consagrados no texto constitucional, por ser fundamento de validade das normas infraconstitucionais (CUNHA, 2016).

As garantias constitucionais penais são divididas em primárias, quando dotadas de limites e de vinculação normativa previamente estipulada, ao amparo do direito, impondo-se ao exercício de qualquer poder, como por exemplo as obrigações e proibições, substanciais e formais. Enquanto as secundárias, constituem-se nas diversas maneiras de reparação consequentes às flagrantes violações as garantias primárias (CUNHA, 2016).

Ressalta-se que o garantismo penal impõe a atividade legiferante estatal, critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, diante de sua notória imperatividade cogente, com intuito de deslegitimar toda norma de controle social que se sobreponha aos direitos e garantias individuais. Mostrando-se indubitavelmente a função exercida pelo garantismo ao estabelecer os parâmetros de limitação do direito penal em sociedades democráticas, em decorrência da valoração exígua dos direitos fundamentais (CUNHA, 2016).

Assevera a doutrina nesse sentido:

Num sistema em que há rigidez constitucional, a Constituição, de acordo com a visão piramidal proposta por Kelsen, é a “mãe” de todas as normas. Todas as normas consideradas inferiores nela vão buscar sua fonte de validade. Não podem, portanto, contrariá-la, sob pena de serem expurgadas de nosso ordenamento jurídico, em face do vício de inconstitucionalidade (GRECO, 2017, p. 40).

O texto constitucional nos assegura vários direitos fundamentais, que não podem ser evitados por normas infraconstitucionais, assim, não pode o legislador infraconstitucional criar uma norma repressiva fora dos parâmetros admitidos pela Constituição, pois a Carta Magna é o fundamento de validade de todas as leis. Ao passo que tem a capacidade de limitar consideravelmente o poderio estatal, diante do seu viés assecuratório contra toda ameaça desproporcional, desarrazoada e infundada contra os direitos fundamentais (GRECO, 2017).

Destaca-se que, o juízo exerce importante papel no tocante ao respeito ao critério de

interpretação da legislação consoante a constituição, pois não é apenas e tão somente mero aplicador da lei ou executor da vontade do legislador. A priori é, também, guardião dos direitos fundamentais, ao passo que, ante a dissonância entre a norma e o texto constitucional, deverá sempre, optar pela vigência da Carta Magna, por ser fonte precípua de validade das normas, bem como, pela diante da força normativa da Constituição (GRECO, 2017).

Conforme aduz veementemente Carvalho (2008, p. 17):

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do ‘bem comum’. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

O garantismo penal emerge diante da hierarquia normativa constante no Estado Constitucional de Direito, consubstanciado no sistema fundado na intransigência da Constituição, que segundo Kelsen, é a matriarca de todas as normas. Neste modelo de ordenamento, todas as normas infraconstitucionais norteiam-se a partir desta, utilizando-a como parâmetro de validade, diante da vedação de contrariá-la, por qualquer fundamento, sob pena de inconstitucionalidade (GRECO, 2017).

Consoante leciona Greco citando Bobbio (2017, p. 40):

As normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento possui uma norma fundamental, que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de ordenamento.

Sem maiores digressões, pela simples análise sistemática da nossa Constituição

extrai-se uma série de direitos fundamentais, que não podem ser relativizados ou afrontados pelas normas infraconstitucionais. Nem tampouco pelo poder judicante, ao cumprir sua função jurisdicional, desse modo, levando-se em conta o viés assecuratório constitucional mostra-se inarredavelmente defeso que o poder judiciário aplique determinada pena que extrapole os preceitos legais, em completa desconformidade com a própria determinação do legislador infraconstitucional a propósito de atingir a finalidade a qual se destina (GRECO, 2017).

Destarte, neste sistema de Estado Constitucional, depreende-se evidentemente a vontade do povo prefaciada pelo legislador constituinte originário, com intuito de torná-la fundamento basilar de validade de todo ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que, da Constituição emana conseqüentemente a defesa e respeito das garantias individuais em detrimento da prepotência e discrepância do Estado, com propósito de refutar toda e qualquer ameaça a direito fundamental (GRECO, 2017).

Perlustrando-se ainda que, o garantismo compreendido na concepção de Estado Constitucional de Direito, diante do eminente conjunto regras racionais impostas a todos os poderes na tutela das garantias aos indivíduos, incumbindo-lhe exprimir o único remédio inibidor do arbítrio desordenado estatal, assim, denota-se distinguíveis garantias em dois ramos: as primárias e as secundárias. As primárias são os limites e vínculos normativos, vedações e obrigações, substanciais e formais, estabelecidas na defesa de direitos, já as secundárias são as formas diversas de reparação, desde a anulabilidade dos atos inválidos e a responsabilização pelos atos ilícitos praticados, conseqüentes as afrontas das garantias primárias (GRECO, 2017).

### **3.2 Da Individualização Da Pena**

O princípio da individualização da pena, contido expressamente no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, determina que cada pessoa deve ser tratada de acordo com suas condutas praticadas no seio social, ao passo que, em matéria penal, decorre consubstancialmente da aplicação da pena levando-se em conta especificadamente os aspectos subjetivos e objetivos do delito, ao contrário da análise pura e simples da norma incriminadora em abstrato, com intuito de assegurar maior eficácia jurídica (MASSON, 2017).

Ademais, salienta-se no tocante a aplicação da reprimenda, o viés assecuratório constitucional que garante a todo indivíduo uma análise individualizada da pena, haja vista

que necessariamente devem ser examinados todos aspectos de cada delito, bem como as circunstâncias que contribuíam para tal resultado. Assim o juízo fica impedido de dosar a pena generalizadamente, pois cada conduta criminosa tem suas peculiaridades e estas devem ser pormenorizadamente observadas com ponderação, para não infringir a Constituição (MASSON, 2017).

Ressalta-se ainda que o princípio da individualização da pena depreende-se de três âmbitos, quais sejam: legislativo, judicial e administrativo. Em âmbito legislativo a individualização é respeitada quando o legislador edita conceituadamente a tipificação penal e impõe a sanção cabível e proporcional para cada fato, delimitando-se notadamente seus respectivos limites, além de estipular circunstâncias aptas para aumento ou diminuição da pena, em decorrência das especificidades de cada caso a serem apreciadas pelo juízo- (MASSON, 2017).

Na esfera judicial, é efetivada pelo juízo quando da aplicação da reprimenda utilizando-se de fundamentação idônea decorrente dos fatos devidamente apurados com o crivo das garantias constitucionais penais, apreciadas em cada caso especificadamente, observando-se com rigor o sistema trifásico de aplicação da pena estabelecido pelo Código Penal com a reforma de 1984. Enquanto no campo administrativo, a individualização da pena é aplicada durante a execução da reprimenda, ao passo que o Estado tem o dever de assegurar a integridade de cada condenado, mediante tratamento penitenciário digno e condizente com as finalidades precípua da pena (MASSON, 2017).

A Constituição Federal de 1988, traz acerca do Princípio da Individualização da Pena:

Art. 5º 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:

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (Brasil, 1988).

Desta feita, a individualização da pena permite fixar a pena aquém do mínimo legal sem qualquer óbice, diante da análise pormenorizada do caso concreto em todas as circunstâncias e peculiaridades extraídas dos autos, visto que é assegurado ao condenado, extraído da Carta Magna como princípio constitucional explícito e delineado no Código Penal em seu artigo 65, que abrange tal possibilidade, por ser um direito subjetivo do réu,

dotado de imperatividade normativa (GRECO, 2017).

### 3.3 Da Legalidade

No Brasil, os crimes só poderão ser instituídos por lei ordinária, resultante da atuação legiferante exercida pelo Congresso Nacional, tal qual o compete tipicamente criar leis. Assim, por força do princípio da legalidade, atribui-se à lei em sentido estrito o monopólio para criação de crimes e na estipulação das suas respectivas das penas, com arrimo no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988 (MASSON, 2017).

Por expressa disposição constitucional, o princípio da legalidade, por ser cláusula pétrea, mesmo que seja extirpado do Código Penal, permanecerá norteando o ordenamento jurídico brasileiro por força da Constituição. Diante de inarredável dimensão democrática, impõe, em apertada síntese, a necessidade da criação de delitos, contravenções penais e penas, exclusivamente por intermédio da lei (MASSON, 2017).

Nesse sentido, para assegurar eficácia deste comando, o princípio da legalidade estrita age como imperiosa limitação constitucional ao juízo aplicador da lei, que ficará adstrito aos limites legais previamente constituídos, pois, em decorrência da sua atribuição judicante, não possui idoneidade legítima suficiente para transigir sob a norma vigente, sob pena de adentrar ilegalmente na esfera de competência legislativa (MASSON, 2017).

Assim, o princípio da legalidade consiste em dois fundamentos quais sejam, um de natureza jurídica e outro de natureza política. Constitui-se como fundamento de cunho jurídico a taxatividade, haja vista que, o legislador determina precisamente o conteúdo da norma penal e sanção penal a ser aplicada, outrossim, ao juízo, por estar estritamente vinculado aos ditames legais, deve mensurar a pena de acordo com os patamares previamente estabelecidos na lei. Desta feita, extrai-se como desenvolvimento lógico da taxatividade judicial a vedação da analogia *in malam partem*, que é necessariamente inadmitida em direito penal (MASSON, 2017).

Enquanto que, o fundamento de cunho político apresenta-se diante da proteção do ser humano em detrimento do arbítrio excessivo ao exercício do poder punitivo estatal. Enquadrando-se, assim, nos direitos fundamentais de primeira geração. Ressalta-se, ainda, que por determinação constitucional, somente se admite lei penal em sentido material e formal, deste modo, por manifesta vontade do legislador constituinte originário, foram consagradas pela doutrina as expressões reserva legal e estrita legalidade (MASSON, 2017).

Imperioso destacar a crescente corrente doutrinária, apesar de ainda minoritária, que



defende a atenuação da pena aquém do mínimo legal, consubstanciada no princípio da legalidade, por inexistir óbice legal para tanto, visto que a Constituição Federal de 1988, fundada no garantismo penal, assegura a liberdade do indivíduo contra o poder punitivo estatal, e não o contrário (SANTOS, 2014).

Nessa direção a Carta Magna dispõe acerca do Princípio da Legalidade (BRASIL, 1988):

Art. 5º 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:

XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal

Por expressa previsão legal, determinou o legislador que as circunstâncias atenuantes devem sempre atenuar a pena, consoante art. 65 do CP. Contudo, boa parte da doutrina entende de maneira diversa, acompanhada da jurisprudência majoritária, que em completo equivoco, interpretou tal disposição legal com base em analogia *in malam partem*, que é vedada em direito penal (CUNHA, 2016).

É direito do condenado ter sua pena individualizada dentro dos parâmetros legais previamente instituídos, assim, o juízo não pode fazer uma interpretação diversa do que está claramente prescrito na legislação, pois inexistente possibilidade do uso de analogia em desfavor do condenado e em nenhuma hipótese poderá negar o direito fundamental em detrimento de princípios constitucionais, apenas e tão somente por existir um enunciado de Súmula, que vale ressaltar, não tem força de lei, sendo editado por um órgão que lhe compete como função típica apenas julgar e não criar leis (BITENCOURT, 2014)

O entendimento contrário à redução da pena para aquém do mínimo cominado partia de uma interpretação equivocada, que a dicção do atual art. 65 do CP não autoriza. Com efeito, esse dispositivo determina que as circunstâncias atenuantes “sempre atenuam a pena”, independentemente de já se encontrar no mínimo cominado. É irretocável a afirmação de Carlos Caníbal quando, referindo-se ao art. 65, destaca que “se trata de norma cogente por dispor o Código Penal que ‘são circunstâncias que sempre atenuam a pena’... e – prossegue Caníbal – norma cogente em direito penal é norma de ordem pública, máxime quando se trata de individualização constitucional de pena”. A previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua obrigatoriedade, e eventual interpretação diversa viola não apenas o princípio da individualização da pena (tanto no plano legislativo quanto judicial) como também o princípio da legalidade estrita. (...) Enfim, deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a

pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta (BITENCOURT, 2014, p. 08)

Entretanto, em que pese vigente a reforma do Código Penal de 1984, foram utilizados para editar o referido enunciado da Súmula, precedentes julgados com concepção legal já revogada. Esse entendimento, defendido na maior parte da doutrina e jurisprudência da época, originou-se de interpretação analógica equivocada, consubstanciada na retrógrada vedação imposta pela redação originária do texto de 1940, em seu artigo 48, parágrafo único (BITENCOURT, 2014).

Contudo, considerando que a atual dicção do artigo 65 do Código Penal, não autoriza a vedação de atenuação da pena, quando esta já estiver sido fixada no patamar mínimo do tipo legal, muito pelo contrário, tal dispositivo determina de maneira convicta que a pena deve ser sempre atenuada, independentemente de quaisquer pena imposta na primeira fase da dosimetria, mostrando-se inarredável obrigatoriedade de aplicação no caso em concreto (BRASIL, 1940; CANÍBAL, 2000).

### **Circunstâncias atenuantes**

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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

Ademais, reconhecê-la na condenação, mas deixar de aplicar a diminuição, apenas e tão somente com intuito de evitar nulidade é uma estarrecedora ofensa ao princípio da legalidade. Outrossim, seria fixar a pena base acima do mínimo legal mesmo quando ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, em desrespeito ao artigo 59, do Código Penal, para na segunda fase simular atenuação da pena. Todavia, tal operação mostra-se moralmente desrespeitosa com nosso ordenamento jurídico, em total dissonância com a legalidade estrita (BITENCOURT, 2014).

Assim, conclui Bitencourt (2014, p. 1242):

Por fim, e a conclusão é inarredável, a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, venia concedida, carece de adequado fundamento jurídico,

afrontando, inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita. Outro grande fundamento para admitir que as atenuantes possam trazer a pena para aquém do mínimo legal é principalmente a sua posição topográfica: são valoradas antes das causas de aumento e de diminuição; em outros termos, após o exame das atenuantes/agravantes, resta a operação valorativa das causas de aumento que podem elevar consideravelmente a pena-base ou provisória. Ademais, o texto atual do Código Penal (Lei n. 7.209/84) não apresenta qualquer empecilho que impossibilite o reconhecimento de qualquer atenuante, ainda que isso possa significar uma pena (base, provisória ou definitiva) inferior ao mínimo cominado no tipo penal.

Imperioso ressaltar que o artigo 65 do Código Penal não limita diminuição em razão da pena base já ter sido fixada no mínimo legal para o delito, muito pelo contrário, o legislador assentou cogente e expressamente que a pena deverá ser atenuada sempre que exista circunstância atenuante (GRECO, 2017).

É plausível determinar que o juízo está adstrito aos limites máximos da pena impostos pelo legislador, porém não se pode fazer tal impedimento quando se trata de limites mínimos para fixação da pena, tal barreira estipulada pela lei, pode e deve ser ultrapassada quando presentes circunstâncias atenuantes, por força do princípio da legalidade e por ser norma cogente, que em direito penal deve ser necessariamente aplicada (CANÍBAL, 2000; CUNHA, 2016).

Desta forma, para os defensores da inconstitucionalidade e contrários a aplicação da Súmula 231 do STJ, sua redação é contrária à legislação, haja vista que o art. 65 do Código Penal não apresenta exceção contendo que a atenuante não seria aplicada no caso de inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis. Ao contrário, referido artigo dispõe que "são circunstâncias que sempre atenuam a pena", e por esse motivo, não teria sentido o legislador ter adotado a expressão "sempre", no caso de pretender não aplicar a atenuante quando a pena base fosse fixada no mínimo (GRECO, 2010, p. 152).

Ressalta-se ainda, qual intenção do legislador ao afirmar categoricamente que são circunstâncias que sempre atenuam a pena, se tivesse intuito de não reduzir quando a pena base já fosse fixada no patamar mínimo legal? Mostra-se evidente que se fosse vontade do legislador impor tal vedação, seria esta delineada na própria lei. Contudo, a legislação não impôs qualquer limitação a aplicação de atenuante, portanto, proibir a diminuição assegurada ao condenado, por interpretação *contra legem* viola sobejamente o princípio da legalidade (GRECO, 2017).

Corroborando com essa posição, leciona Santos (2014, p. 564):

Aliás, 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 - precisamente aquele processo de integração do Direito Penal proibido pelo princípio da legalidade. Mais não é preciso dizer

A aplicação da Súmula 231 do STJ pelo órgão julgador para impedir a diminuição da pena mesmo quando condenado possui circunstâncias atenuantes, acarreta flagrante violação ao princípio constitucional da Legalidade, posto que as disposições legais não podem ser suprimidas por aplicação inversa do próprio princípio da legalidade. Ademais, tal empecilho, configura analogia *in malam partem*, cabalmente vedada em direito penal (SANTOS, 2014).

### 3.4 Da Isonomia

O Princípio da Isonomia assegura que não só a lei, mas todo ordenamento jurídico deve tratar igualmente aqueles em situação iguais, e diferentemente aqueles em situações distintas, em melhor ou pior condição, na medida de suas desigualdades, com intuito de dirimir a desigualdade entre estes. Ocorre que, no Direito Penal em decorrência deste princípio constitucional basilar, significa dizer que as pessoas estando em circunstâncias idênticas devem receber a mesma consequência jurídica, enquanto aquelas que estão em diferentes circunstâncias destas, merecem um tratamento diverso pela lei e pelo juízo ao aplicar a reprimenda penal (MASSON, 2017).

Conforme pontua Mello (1993, p. 9):

O preceito magno da igualdade é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.

Extraído do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, quando assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, impõe-se presente nesta redação a isonomia formal, contudo não deixa de delinear inarredável importância da isonomia material, careada desde os primórdios do estado democrático de direito (MARÇAL; SOARES FILHO, 2012).

A isonomia formal, fixada em parâmetros legislativos de forma explícita, determina como escopo de impessoalidade, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer

natureza. Assim, por força dessa igualdade, a lei tem o dever de ser impessoal, não podendo se pautar em atitude discriminatória em razão de características socioeconômicas ou afins. Neste aspecto, emerge a igualdade material, concepção que surge com o fito de consagrar a noção de que a legislação deve tratar igualmente aqueles em mesmas condições e desigualmente aqueles possuidores de condições distintas, na medida de suas desigualdades (MARÇAL; SOARES FILHO, 2012).

Salienta-se que, a igualdade material traz a possibilidade plausível da existência de distinções, quando justificáveis, com intuito de dirimir as desigualdades sociais de tratamento ocasionadas pela falha estatal, levando em consideração que as pessoas não possuem a mesma condição socioeconômica, estando algumas em maior desvantagem em relação às outras. Assim, a aplicação de um tratamento diferenciado entre elas não pode ser considerada uma discriminação abusiva, mas sim um reflexo da mais lúdima justiça (MARÇAL; SOARES FILHO, 2012).

A aplicação da Súmula 231 do STJ, com objetivo de não reduzir a pena aquém do mínimo legal em abstrato, acaba por resultar em uma pena contrária com o Princípio da Isonomia material, haja vista que impõe ao condenado que confessa o delito, uma pena igual a do condenado que não confessa o crime, portanto, mesmo estando em circunstâncias distintas, ao serem tratados de forma igual, o juízo prolator da decisão acaba por acarretar flagrante violação a isonomia material (CUNHA, 2016).

#### **4. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ POR OFENSA DIRETA A CONSTITUIÇÃO**

Destaca-se que a aplicação da orientação contida no enunciado da Súmula, sem fundamento legal, sem respaldo principiológico, imposta apenas pelo entendimento jurisprudencial majoritário, baseada em completo equívoco, na interpretação analógica desautorizada, notoriamente vedada em Direito Penal, acarreta enorme prejuízo ao indivíduo condenado, ao passo que, possui o direito de ter a reprimenda atenuada quando restarem presentes as circunstâncias atenuantes genéricas, afrontando diretamente no mínimo os princípios constitucionais da legalidade estrita, da isonomia e da individualização da pena (CUNHA, 2016).

Outrossim, apresenta-se como injusto aplicar a mesma reprimenda a dois indivíduos em condições peculiarmente distintas no momento do delito, por determinação do teor semântico do entendimento jurisprudencial propagado pela Súmula, afrontando cabalmente a

isonomia material, posto que o juízo fica adstrito aos limites mínimos da pena cominada em abstrato, impedido de individualizar a sanção penal, mesmo desconsiderando as características pessoais diversas evidenciadas por cada caso concreto, sem respaldo normativo e em total dissonância com o sistema jurídico brasileiro, por acarretar ofensa direta as garantias constitucionais individuais (CUNHA, 2016).

Desta feita, corrobora em defesa do entendimento contrário a Súmula 231 do STJ:

O que se espera é que o resultado da aplicação das normas produza julgados moralmente desejáveis e que tenha por fim a realização da justiça. Por isso, acredito na urgente mudança de pensamento dos Tribunais Superiores, no sentido de adequar a sua interpretação no tocante à Individualização da Pena ao sistema jurídico vigente, conformando-a ao texto constitucional, tornando-a compatível com a Dignidade da Pessoa Humana, como já fazem alguns tribunais ordinários (MELO, 2012, p 88).

A jurisprudência tem-se mantido firme no sentido do recrudescimento de direitos do condenado em favor do poder punitivo do Estado, ao consubstanciar a impossibilidade de diminuição da pena quando a pena-base estiver fixada no patamar mínimo, mesmo diante da existência de circunstâncias atenuantes, pois é direito do indivíduo ter a devida atenuação por observância do princípio da individualização da pena. Assim, o prevalecimento do entendimento jurisprudencial, em detrimento dos preceitos garantistas da Constituição, acarreta flagrante inconstitucionalidade (MACHADO; AZEVEDO, 2017).

Destarte, negar vigência a preceitos constitucionais por força de interpretação jurisprudencial equivocada e desautorizada por lei, fundada em precedentes arcaicos, julgados a luz legislação revogada pela reforma do Código Penal de 1984, se mostra incompatível com o contexto do ordenamento jurídico brasileiro e do princípio da legalidade estrita. Mostra-se evidente que a finalidade da lei é clara, ao determinar que a reprimenda deve sempre ser atenuada, verificada a existência de atenuante genérica durante na segunda fase da dosimetria penal, sem atento para ressalvas (MACHADO; AZEVEDO, 2017).

É claramente inconstitucional e ilegal, portanto, admitir que um benefício outorgado ao réu pela Constituição e pela norma infraconstitucional seja desrespeitado por quem, por juramento, deveria aplicar a Lei e a Constituição, conforme preceitua a Lei de Orgânica da Magistratura Nacional: Art. 35 - São deveres do magistrado: I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; (...) (MELO, 2012, p 87)

Ressalta-se ainda que, o princípio da legalidade estrita deve ser executado como garantia do indivíduo contra o uso exacerbado e descabido do poder punitivo estatal, assim

mostra-se imperioso obstáculo frente ao incremento de punição não prevista em lei. Diante da carência de fundamento legal que corrobore com a impossibilidade da atenuação conduzida abaixo do mínimo legal cominado ao delito, indica evidentemente que o sistema de legalidade orienta pela contenção do seu exercício arbitrário, não podendo o poder judicante se sobrepor a disposição constitucional, sob pena de inconstitucionalidade (MACHADO; AZEVEDO, 2017).

Não obstante, o impedimento da redução que ultrapasse o patamar mínimo estipulado pelo legislador também ofende diretamente o princípio da separação de poderes, ao passo que, o legislativo tipifica a conduta delitativa, impondo os limites máximos e mínimos de pena, deixando a cargo da judiciário aplicar a reprimenda devida de acordo com as peculiaridades características do caso concreto, individualizando-a pormenorizadamente. Contudo, ao editar o enunciado da Súmula 231, o Superior Tribunal de Justiça engessa a atividade jurisdicional indicando aos juízos a impossibilidade manifestadamente equivocada, de atingir o objetivo que a lei não determina (MACHADO; AZEVEDO, 2017).

É nítido, a partir desta elucubração histórica, que não basta apenas a existência da norma, mas aplicá-la em sintonia com os Princípios Constitucionais. É porque isso que o entendimento sumulado precisa evoluir para uma interpretação conforme os instrumentos jurídicos vigorantes. A aplicação da regra jurídica em desrespeito a princípios fundamentais leva, inevitavelmente, a resultados injustos e um sentimento de inconformismo Melo (2012, p. 87).

A Constituição garante expressamente a vedação de interferência na competência dos poderes constituídos, desse modo a determinação legal que impõe a aplicabilidade das circunstâncias atenuantes, aptas a minorar a carga punitiva do delito prescrita em abstrato, sem exceções, deve ser aplicada e não pode ser suprimida pela interpretação jurisprudencial que foge da finalidade da lei. Destarte, o tribunal superior que orienta pelo recrudescimento do direito fundamental de uma pena individual e devidamente fundamentada, acarreta, por conseguinte, em inarredável inconstitucionalidade, por ofender diretamente os preceitos constitucionais garantistas (MACHADO; AZEVEDO, 2017).

Nesse sentido conclui, Melo (2012, p. 87):

Diante das razões expendidas, percebe-se que ao confrontar a Súmula 231 do STJ com o Sistema Penal pós-Constituição de 1988, aquele pensamento jurisprudencial encontra-se dissociado da essência desta Carta, ainda atrelado ao espírito das constituições onde o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Individualização da Pena eram meros comandos enunciativos, quando o Cidadão não representava a razão de ser do Estado

## Democrático de Direito.

A determinação legislativa não deixa dúvida acerca da obrigatoriedade da redução da reprimenda para aquém do mínimo legal em abstrato, não contendo nenhuma ressalva, nem proibição expressa para tanto. Com isto, qualquer interpretação diversa viola diretamente o princípio da legalidade estrita, bem como a individualização da pena. Não obstante, a aplicação desse entendimento baseado em equivocada interpretação não autorizada, resulta em manifesta inconstitucionalidade (BITENCOURT, 2018).

Enfim, deixar de aplicar um direito assegurado pela Carta Magna por força da interpretação jurisprudencial inversa do que determina o sistema de garantias do ordenamento jurídico brasileiro, denota-se manifesta ofensa direta à Constituição, pois é direito fundamental do condenado ter a pena individualizada, observando-se indubitavelmente a legalidade estrita. Assim, mostra-se inconcebível dentro do Estado Democrático de Direito admitir tamanha ofensa as garantias fundamentais do indivíduo por interferência indevida, infundada e desarrazoada do Poder Judiciário (BITENCOURT, 2018).

Avulta-se, ainda, a imprescindibilidade da atenuação da pena quando presentes circunstâncias atenuantes genéricas, independentemente da pena-base fixada no patamar mínimo na primeira fase da dosimetria, pois o legislador não impôs condição para sua aplicabilidade, de modo que, negar sua vigência configura nítida afronta a legalidade estrita e a garantia do condenado em ter um pena individualizada com o devido fundamento, maculando-se, assim, de patente inconstitucionalidade (BITENCOURT, 2018).

## **5. CONCLUSÃO**

A manutenção do entendimento consolidado na restrição de direitos, emanado pela Súmula 231 do STJ, vem embasado desde os primórdios do arbítrio e em consequência do desserviço judicial que nos é imposto na medida em que o Poder Judiciário preza tão somente pela quantidade ao desprezo da qualidade na prestação jurisdicional, mostra-se evidentemente incoerente e inadmissível, diante do atual contexto normativo e principiológico do nosso ordenamento jurídico, que é fundado no garantismo penal. Ademais, imperioso destacar a necessidade de aplicação exígua dos Princípios constitucionais penais, notadamente para assegurar a plena eficácia dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Destarte, não pode o Poder Judiciário tomando por base entendimentos firmados antes da atual Carta Magna, usurpar da competência típica do Poder Legiferante, para legislar



em total afronta a cláusulas pétreas e princípios constitucionais, desferindo letal golpe contra a própria Constituição que corrobora na aplicação de uma pena flagrantemente injusta e em completa dissonância com os preceitos fundamentais do Estado de Direito, acarretando violação por ofensa direta aos direitos e garantias asseguradas pela Constituição, sem a mínima fundamentação legal.

Ressalta-se que vivemos em um estado democrático de direito, sob manto de uma Constituição garantista e respaldada na prevalência dos direitos fundamentais, nosso ordenamento é calcado por preceitos que fundamentam pormenorizadamente todo o sistema jurídico, portanto não se pode admitir tamanha violação a estes, apenas com fundamento na sobrecarga de processos que chegavam aos Tribunais Superiores, ou por que, sua apreciação acarretaria em reexame-fático probatório.

São graves as consequências oriundas da aplicação da Súmula 231 do STJ durante a dosimetria da pena, haja vista tamanho recrudescimento de garantias individuais ao passo da sua relativização colmatada por uma condição não elencada na lei, que impera a restrição da liberdade do condenado que tem direito a valoração positiva das circunstâncias atenuantes presentes nos autos, acarretando, assim, em violação ao texto constitucional, de modo que não se pode passar despercebido pelos operadores do direito, mesmo estando como consolidado esse entendimento na doutrina e jurisprudência.

Evidencia-se que são diretamente violados pela aplicação da Súmula 231 do STJ o Princípio da Individualização da Pena, o Princípio da Legalidade e o Princípio da Isonomia. Ao analisarmos pormenorizadamente, não é difícil perceber o grande recrudescimento de garantias constitucionais, que acabam por acarretar tamanha indignação que chega a ser decepcionante para qualquer operador do direito que guarde o mínimo de respeito nossa Carta Magna.

Ao final, resta cabalmente demonstrado que os membros do Poder Judiciário acabam optando por aplicar o entendimento sumulado por tentar exercer sua função de maneira mais célere, entretanto, em nenhuma hipótese, podem declinar do aprofundamento na análise do tema em questão com tal fundamento, haja vista que antes de tudo devem ser observados e respeitados os princípios constitucionais, para que não ocorra tamanha injustiça diante da flagrante inconstitucionalidade e respaldada pelo próprio Poder Judiciário.

Portanto, diante da análise pormenorizada da Súmula 231 do STJ, à luz dos princípios constitucionais penais diretamente violados com sua incidência, evidencia-se inconstitucionalidade manifesta por ofensa direta a Constituição ao violar impetuosamente os

princípios constitucionais da individualização da pena, legalidade estrita e isonomia, restando imperiosa e inequívoca necessidade de cancelamento, para assegurar a máxima eficácia hígida das garantias fundamentais do indivíduo e a fixação da pena aquém do mínimo em razão da aplicação de circunstância atenuante genérica.

## REFERÊNCIAS

1. ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**, p. 87-90. 1986 (Tradução 2008).
2. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 09 set. 2019.
3. BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 09 set. 2019.
4. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 231 - **A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal**. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=231&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>. Acesso em: 01 set. 2019.
5. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 24 ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2018.
6. BOBBIO, Norberto. **Teoria Do Ordenamento Jurídico**, p. 49
7. CANÍBAL, Carlos Roberto Lofego. **Pena aquém do mínimo — uma investigação constitucional-penal**, Revista Ajuris, Porto Alegre, v. 77, p. 82
8. CARVALHO, Salo de; Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**, p. 17. 2008.
9. COSTA, Machado; AZEVEDO, David Teixeira de. **Código Penal interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 7. ed. Barueri, editora Manole, 2017.
10. CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 4 ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2016.
11. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. v. 2. Niterói: Impetus, 2010.
12. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 12. ed. Niterói: Impetus, 2015
13. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017
14. GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2017
15. JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. Volume I, 34. ed. São Paulo, 2013.
16. MARÇAL, Fernanda Lira; SOARES FILHO, Sidney. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro**. Publica Direito, 2012, Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>. Acesso em: 09 set. 2019.
17. MASSON, Cleber Rogério. **Código Penal Comentado: parte geral**. 2 ed. São Paulo: Método, 2014.
18. MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. 11 ed. São Paulo: Método, 2017.
19. MELO, Edson Ulisses de.
20. NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

21. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
22. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.
23. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal: Volume Único**. São Paulo: Atlas, 2018.
24. RIBEIRO, Ministro Antônio de Pádua. **Superior Tribunal de Justiça: 30 Anos!** ed. Comemorativa. Brasília, 2019.
25. Brasil. Superior Tribunal De Justiça (5. Turma). **Resp 146056/Rs**. Recurso Especial. Limite De Incidência Das Atenuantes Reconhecidas. Iii - As Atenuantes (No Caso, As Do Art. 65, Inciso I E Art. 65, Inciso Iii, Letra "D", Do Código Penal), Nunca Podem Levar A Pena Privativa De Liberdade Para Nível Aquém Do Mínimo Legal Que É, Até Aí, A Reprovação Mínima Estabelecida No Tipo Legal. Recurso Conhecido E Desprovido. Recorrente: Siham Bowanani. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Felix Fischer, 07 De Outubro De 1997. Disponível Em:  
[https://scon.stj.jus.br/Scon/Jurisprudencia/Toc.Jsp?I=1&B=Acor&Livre=\(\(%27resp%27.Clas.+E+@Num=%27146056%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27146056%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/Scon/Jurisprudencia/Toc.Jsp?I=1&B=Acor&Livre=((%27resp%27.Clas.+E+@Num=%27146056%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27146056%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 19 set. 2019.
26. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **REsp 46.182/DF**. Recurso Especial. Penal. Pena-Base. Mínimo Legal. Menoridade E Causa De Aumento. Fixação Da Pena. Critérios. 1. O Sistema Adotado Pelo Código Penal Impede Que, Estabelecida A Pena-Base Consideradas As Circunstancias Judiciais, Existindo Circunstancia Atenuante, O Juiz Diminua A Pena Abaixo Do Estabelecido Em Lei. Portanto, Fixada A Pena-Base No Mínimo Legal, Mesmo Levando Em Conta A Menoridade Do Reu, A Pena Não Pode Ser Reduzida Para Quantidade Inferior Ao Mínimo Abstratamente Considerado. E Que As Circunstancias Legais Influem Sobre O Resultado A Que Se Chega Na Primeira Fase, Cujos Limites, Mínimo E Máximo, Não Podem Ser Ultrapassados. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Reginaldo Monteiro da Silva. Relator: Min. Jesus Costa Lima, 04 de maio de 1994. Disponível em:  
[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clap.+e+@num=%2746182%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%2746182%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clap.+e+@num=%2746182%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%2746182%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 19 set. 2019.
27. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **ARE 1092752 AgR/RJ**. Ag.Reg. No Recurso Extraordinário Com Agravo. Agravo Regimental Em Recurso Extraordinário Com Agravo. Matéria Criminal. Acórdão Do Tribunal De Justiça. Tema 158. Repercussão Geral. Ofensa Reflexa À Constituição Federal. Acórdão Do Superior Tribunal De Justiça. Agravo Contra Decisão Do Juízo De Origem Que Aplica A Sistemática Da Repercussão Geral. Recurso Incabível. Prescrição. Inocorrência. Agravo Regimental Desprovido. 1. Não é cabível recurso ao Supremo Tribunal Federal da decisão do Tribunal de origem que aplica entendimento da Suprema Corte em questão de repercussão geral. 2. O Supremo Tribunal Federal já assentou em regime de repercussão geral que circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Tema 158, RE 597.270, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 06.04.2009). 3. É inviável o processamento do apelo extremo quando sua análise implica rever a interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentaram a decisão a quo. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria apenas indireta. 4. Os recursos especial e extraordinário inadmitidos na origem não obstam a formação da coisa julgada. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravante: João Lucas de Medeiros Moreira. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Edson Fachin, 31 de maio de 2019. Disponível em:

- <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281092752%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4kaj259>. Acesso em: 19 set. 2019.
28. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Presidência). **ARE 1187006/SE**. Recurso Extraordinário Com Agravo. Despacho Este Supremo Tribunal Submeteu As Questões Trazidas No Presente Processo À Sistemática Da Repercussão Geral (Recurso Extraordinário N. 597.270, Tema 158): Repercussão Geral Reconhecida E Mérito Julgado. Pelo Exposto, Determino A Devolução Destes Autos Ao Tribunal De Origem Para Observância Dos Procedimentos Previstos Nos Incs. I E Ii Do Art. 1.030 Do Código De Processo Civil (Al. C Do Inc. V Do Art. 13 Do Regimento Interno Do Supremo Tribunal Federal) Reclamante: Givanilde Santos Lima. Reclamado: Ministério Público Do Estado De Sergipe. Relator: Min. Dias Toffoli, 07 De Fevereiro De 2019. Disponível Em: <Http://Stf.Jus.Br/Portal/Jurisprudencia/Listarjurisprudencia.Asp?S1=%28%281187006%29%29+E+S%2epres%2e&Base=Basepresidencia&Url=Http://Tinyurl.Com/Y4338q7z>. Acesso Em: 19 Set. 2019.
29. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **9719/SP**. Habeas Corpus. Penal. Pena. Individualização. Pena-Base. Grau Mínimo. Circunstância Atenuante. Incidência. Redução Abaixo Do Mínimo Legal. - No processo trifásico de individualização da pena é possível a sua fixação definitiva abaixo do mínimo legal na hipótese em que a pena-base é fixada no mínimo e se reconhece a presença de circunstância atenuante, em face da regra imperativa do art. 65, do Código Penal, que se expressa no comando literal de que tais circunstâncias sempre atenuam a pena. - Habeas-corpus concedido. Impetrante: Ana Maria Comin. Coator: Décima Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Min. Fernando Gonçalves, 30 de junho de 1999. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>
30. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (5. Câmara Criminal). **Apelação-Crime, Nº 70029176542**. Furto. Existência e autoria do fato comprovadas. Qualificadoras do concurso de agentes e do uso de chave falsa afastadas. Condenação confirmada. Tentativa admitida. Possibilidade, na visão da Câmara, de fixação da pena aquém do mínimo legal, por incidência de atenuante. Apenamento redimensionado. Apelo defensivo parcialmente provido, com extinção da punibilidade, pela prescrição. Unânime. Apelante: Daniel Kremer Ferreira. Apelado: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator: Des.Luís Gonzaga da Silva Moura, 30 de julho de 2009. Disponível em: [https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70029176542&codEmenta=7706337&temIntEor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70029176542&codEmenta=7706337&temIntEor=true)
31. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (5. Câmara Criminal). **Apelação-Crime, Nº 70020082814**. Roubo: 1. Palavra Da Vítima. Outros Elementos Informativos. Condenação Confirmada; 2. Majorante. Emprego De Arma Branca. Desnecessária A Apreensão E Perícia; 3. Pena-Base. Operadoras Do Art. 59, Cp. Mínimo Legal. 4. Pena Provisória. Atenuante. Aquém Do Mínimo Legal. Possibilidade 5. Exclusão Da Pena De Multa. Impossibilidade. Princípio Da Inderrogabilidade Da Pena. 1. Conjunto probatório suficiente a amparar o decreto condenatório pelas informações colhidas do depoimento da vítima. A palavra da vítima, subsidiada por outros elementos informativos da prova, merece ser prestigiada e autoriza, nas circunstâncias, a condenação. 2. Quando a arma empregada para o roubo é faca, prescinde-se, pela sua natural potencialidade lesiva, do exame pericial. Majorante de emprego de arma devidamente comprovada. 3. A pena-base deve corresponder ao resultado colhido da análise das circunstâncias judiciais e, se estas não são prejudiciais ao réu, deve permanecer no patamar mínimo abstrato. 4. Os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena abrigam a possibilidade de, estando a pena-base fixada no mínimo legal, romper com este

limite se presente atenuante prevista legalmente. 5. A multa não pode deixar de ser aplicada pelo juiz, sob pena de violação ao princípio da inderrogabilidade da pena, visto que é um imperativo legal. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Apelante: Jefferson de Oliveira. Apelado: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Aramis Nassif, 11 de julho de 2011. Disponível em:

[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70020082814&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70020082814&codEmenta=7706337&temIntTeor=true)

32. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (5. Câmara Criminal). **Apelação-Crime, Nº 70017019944**. Estelionato. Pedido De Doação Para Entidade Assistencial. Absolvição. Não Cabe Absolver O Réu Quando A Prova Do Dolo Emerge Dos Autos. Pena. Dosimetria. Réu Maior De Setenta Anos À Data Da Sentença. Atenuante. Pena Aquém Do Mínimo. A Aplicação De Atenuante É Direito Do Réu, Motivo Pelo Qual Deve Ser Aplicada Mesmo Que A Pena Fique Aquém Do Mínimo. Aplicação Do Art. 171, § 1º, Código Penal. Pena Carcerária Substituída Por Multa. Apelo Defensivo Parcialmente Provido. Apelante: Jose Ataliba da Cruz. Apelado: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relatora: Desa. Genacéia da Silva Alberton, 23 de maio de 2007. Disponível em:
- [https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70017019944&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70017019944&codEmenta=7706337&temIntTeor=true)