



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

IGOR SANTOS TELES

**A (IM) POSSIBILIDADE DAS CAUSAS ATENUANTES DE PENA INCIDIREM
ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: Uma análise da Súmula 231 do STJ.**

**ARACAJU
2023**

T269i

TELES, Igor Santos

A (im) possibilidade das causas atenuantes de pena incidirem abaixo do mínimo legal: uma análise da súmula 231 do stj / Igor Santos Teles. - Aracaju, 2023. 20 f.

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

Orientador(a): Prof. Esp. Marcio Danilo S. Silva
1. Direito 2 Sistema trifásico 3. Súmula 231
4. Dosimetria I. Título

CDU 34 (045)

IGOR SANTOS TELES

**A (IM) POSSIBILIDADE DAS CAUSAS ATENUANTES DE PENA
INCIDIREM ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: UMA ANÁLISE DA
SÚMULA 231 DO STJ.**

Artigo Científico apresentado à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE,
como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau de bacharel em Direito no
período de 2023.2.

Aprovado com média: 100



Prof. Esp. Marcio Danilo Santos Silva

1º Examinador (Orientador)



Prof. Me. Gleison Parente-Peretra

2º Examinador(a)



Prof. Esp. Anderson dos Santos Campos

3º Examinador(a)

Aracaju (SE), 07 de Dezembro de 2023

A (IM) POSSIBILIDADE DAS CAUSAS ATENUANTES DE PENA INCIDIREM ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: UMA ANÁLISE DA SÚMULA 231 DO STJ*

Igor Santos Teles

RESUMO

Este artigo tem como objetivo central compreender o sistema trifásico de dosimetria da pena, para que seja possível analisar as possibilidades ou impossibilidades existentes das causas atenuantes a qual incidem na segunda fase do sistema dosimétrico e estão dispostas no art. 65, *caput*, do Código Penal poderem direcionar a pena abaixo do mínimo legal, considerando o sistema trifásico da dosimetria e o que dispõe a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Para isso foi necessário, compreender a atuação da dosimetria penal com o sistema trifásico, estudar a importância da individualização da pena para que não ocorra uma padronização das sentenças criminais e estudar os argumentos que foram utilizados para fundamentar a impossibilidade da incidência das atenuantes abaixo do mínimo legal. A metodologia usada para o desenvolvimento foi por meio qualitativo e de pesquisa bibliográfica e exploratória em livros e artigos presentes nos sites da SciELO e *google* acadêmico. Dessa forma, no decorrer da pesquisa foi analisado sobre o sistema trifásico e a individualização penal que é de suma importância para que ocorra a individualização da pena criminal, do mesmo modo que pode causar uma diminuição ou aumento de acordo com as circunstâncias atenuantes e agravantes, mas que não pode levar a pena *aquém* do mínimo legal de acordo com o está descrito na Súmula 231 do STJ. O sistema trifásico ocorre por meio de três fases em que em primeiro momento vai ser fixada a pena-base levando em consideração as circunstâncias judiciais, em seguida é feita a análise das atenuantes e agravantes e por fim as causas especiais de diminuição e aumento da pena, esse processo da dosimetria da pena é suma importância pois permite que o acusado tenha uma pena individualizada, e não uma pena abstrata e muitas vezes injusta em seu desfavor, além disso, será discutido sobre os tipologias penais presentes na legislação brasileira, sendo elas: penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito e as multas, outro assunto que ganha destaque no decorrer dessa pesquisa, sendo uma forma de não padronização da pena, em que considere as particularidades de cada caso e dos indivíduos envolvido em uma ação criminal.

Palavras-Chave: Atenuantes; Dosimetria; Pena Criminal; Sistema trifásico; Súmula 231.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal são normas que fazem parte da legislação que classifica os delitos penais e as punições de forma justa e individual. Dessa forma, o Direito Penal afirma que o Estado deve realizar a punição de forma que não venha a ferir os direitos dos infratores. A

*Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, em dezembro de 2023, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Esp. Marcio Danilo Santos

pena criminal é uma sanção imposta pelo Estado para aqueles que comentem delitos contra o cidadão ou sociedade. Sendo assim, torna-se relevante compreender os parâmetros usados para impor essas penalidades de forma justa.

A dosimetria da pena por meio do sistema trifásico define o tempo de pena que um indivíduo deve cumprir para que possa ser feita a justiça penal. Na primeira fase é fixada a pena-base de acordo com as circunstâncias judiciais, em seguida é considerada as atenuantes e agravantes da pena, por fim, é direcionado para as causas da diminuição de pena, também chamadas de minorantes, e as causas de aumento da pena ou majorantes. Sendo que as causas atenuantes e agravantes são descritas no Código Penal. Diferente das majorantes e minorantes em que o próprio legislador já dispõe de forma preestabelecida patamares mínimos e máximos a qual o juiz deverá se ater na hora de valorar as penas, as atenuantes e agravantes não possuem tal orientação, ficando a cargo do juiz de forma discricionária decidir o quantum de pena deverá ser acrescido ou diminuído da pena do réu.

Considerando esse contexto, destacam-se também a individualidade penal, sendo o meio pelo qual não vai ocorrer uma padronização da pena, conforme dispõe o art. 5º, XLVI da CF/88, assegurando o direito do cidadão de exigir do Estado a aplicação da pena individualizada, para que seja atendido as condições próprias do criminoso. O juiz ao proferir uma sentença penal condenatória deverá levar em consideração a lei, bem como o caso concreto e as condições pessoais do acusado, visto que para cada caso e indivíduo há suas particularidades.

Sendo assim, destacasse que o tempo do cumprimento da pena sendo realizado por meio do sistema trifásico, em que traz em sua segunda fase as causas atenuantes e agravantes que podem gerar o aumento ou a diminuição da pena. Porém, um discurso recorrente é sobre a atuação da súmula 231 do STJ, devido a sua atuação ser na afirmação de que permanecendo a pena fixada na primeira fase no mínimo legal, ao serem analisadas as causas atenuantes na segunda fase, estas não têm o poder de levar a pena abaixo do mínimo, ou seja, não pode ocorrer uma diminuição do tempo de pena que seja melhor do que o que é pré-estabelecido pela legislação.

Uma crítica feita é sobre a possível inconstitucionalidade presente na utilização da Súmula 231 do STJ, isso devido a essa Súmula esclarecer que não pode ocorrer da pena ser abaixo do mínimo legal. Entretanto, iria contra ao que está descrito quando se trata das atenuantes, em que se utiliza a seguinte frase "São circunstâncias que sempre atenuam a pena", considera que o advérbio "sempre" esclarece que deve ser usada as atenuantes.

Além disto, como já mencionado, após a reforma da parte geral do código penal, o art. a qual dispõe sobre as circunstâncias atenuantes dispõe que a sua utilização, caso presente no

caso concreto, é de natureza obrigatória e a sua não utilização configura verdadeira analogia in malam partem, suprimindo verdadeiro direito subjetivo do acusado o que é vedado nem direito penal, além de manifesta inconstitucionalidade.

Mediante esse assunto, este trabalho visa abordar as possibilidades ou impossibilidades sobre a diminuição de uma pena abaixo do mínimo legal, considerando a dosimetria, individualização penal e se a súmula 231 do STJ tem o poder de limitar uma pena máxima ou mínima, mesmo que seja analisado as atenuantes em um processo de pena justa ao indivíduo. Por conseguinte, quais os impactos na individualização da pena foram criados com o surgimento da sumula 231 do STJ?

Dessa maneira, essa pesquisa tem como objetivo geral: Analisar as abordagens feitas sobre uma possível inconstitucionalidade presente na aplicação da súmula 231 do STJ ao que diz respeito a possibilidade ou impossibilidade de uma diminuição menor do que assegura a legislação. Para atingir esse objetivo foi necessário analisar a súmula 231 do STJ bem como os argumentos que foram utilizados para a fixação da tese, estudar o sistema de dosimetria e a individualização penal, para que se torne possível compreender sobre a possibilidade ou a impossibilidade da incidência das causas atenuantes abaixo do mínimo legal.

Para o desenvolvimento dessa pesquisa a metodologia usada foi a qualitativa, com pesquisa bibliográfica e exploratória, sendo realizada por meio de livros e artigos científicos sobre o tema, disponíveis no site da Scielo e *google* acadêmico. Sendo que esse artigo foi dividido em três capítulos, o primeiro capítulo foi realizado um estudo sobre o sistema trifásico na atuação da dosimetria da pena. O segundo capítulo buscou analisar a importância da individualização da pena e por fim, no último capítulo ocorreu o estudo sobre a atuação da súmula 231 do STJ.

2 O SISTEMA TRIFÁSICO NA ATUAÇÃO DA DOSSIMETRIA DA PENAL

O Direito Penal são normas que guiam a legislação, que classificam os delitos criminais penais e as suas devidas punições, de forma que a penalidade possa ser justa, considerando a particularidades envolvidas no crime, também do criminoso. Dessa forma, o Essa área guia o poder punitivo do estado, com as penas criminais e as consequências que as ações criminais causam para o infrator, de maneira que não venha a ferir os seus direitos e dignidade. De acordo com Bittencourt (2012) O Direito Penal tem o seu papel em regular as relações dos indivíduos na sociedade, exercido pelo Estado, que pode legitimar de acordo com as normas que foram estabelecidas para manter a ordem no sistema democrático.

A pena é uma consequência para o indivíduo que comete um ato ilícito, com o fundamento de privar da liberdade, perda de bens, multa, prestação de serviços sociais ou suspensão dos direitos, como é citado no artigo 5, inciso XLVI da Constituição Federal, de acordo com Soler (1970) a pena é uma sanção aflitiva que é imposta pelo poder do Estado por meio da ação penal, como forma de punir uma ação ilegal, com o objetivo de evitar que ocorra os novos delitos. Sendo assim, deve considerar que o indivíduo deve ser ressocializado após cumprir o tempo de sua pena. De acordo com Pacelli (2020) O Estado tem autorização de criar as Leis desde que atendam as condições do modelo do Estado de Direito, para que não ocorra condições de desrespeito aos direitos humanos. Com isso, para que ocorra uma fixação da pena é feito por meio do sistema trifásico da dosimetria da pena.

A dosimetria da pena é realizada por meio de um cálculo para definir uma pena criminal que o indivíduo condenado deve cumprir, ou seja, ocorre uma condução sobre a pena que vai ser aplicada. Sendo assim, a Dosimetria da Pena está presente na lei de número 7.209 de 1984, no artigo 68 do CP, no qual esclarece sobre o cálculo da pena, sendo a pena-base é fixada considerando as circunstâncias judiciais, a pena intermediária analisa-se as atenuantes e agravantes, por fim a pena final leva em consideração as causas de aumento e de diminuição da pena. Sendo afirmado por Rodrigo (2017) no processo de aplicação do sistema trifásico é inicialmente fixado a pena-base obedecendo o artigo 59 CP, depois as circunstâncias atenuantes e agravantes e por fim as causas especiais de diminuição e aumento da pena criminal. O artigo 59 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Crítérios especiais da pena de multa

Na análise da culpabilidade o juiz verifica características como a imputabilidade do agente e a capacidade de compreensão do caráter ilícito a qual cometeu. Enquanto os antecedentes seriam os envoltimentos infracionais ocorridos antes, porém de acordo com o artigo 5 inciso LVIII da constituição federal (Brasil,1988) afirma que não se deve ocorrer uma

culpa em casa de antecedentes em caso de inqueridos que já foram arquivados, ainda bem tramitação, ou as ações penais que já foram encerradas. No que diz respeito a conduta social, seria uma análise de como o réu se comporta no meio familiar, na sociedade, no trabalho etc.

A personalidade do agente é uma observação sobre o caráter do indivíduo, que de acordo com Pipino (2022) seria um retrato psíquico do indivíduo. Os motivos também são avaliados, que de acordo com Pipino (2022, p. 358) “a razão de ser do crime (o seu porquê). Trata-se de verificar, pois, a causa psicológica impulsionadora do comportamento criminoso do agente.” Sendo esse autor, as circunstâncias de um crime seriam sobre o *modus operandi* do criminoso. Por fim, o comportamento da vítima ocorre quando a vítima induz ou incita o agente ao cometimento do crime, diz respeito a participação da vítima na conduta do acusado.

A dosimetria da pena diz respeito ao cálculo realizado para definir qual pena será imposta ao indivíduo que cometeu um crime, “A dosimetria da pena no Brasil, que está disciplinada no art. 68 do Código Penal, reflete o princípio da individualização, indo ao encontro das aspirações de um Estado Social e Democrático de Direito, que reclama, sempre, a motivação das sentenças.” (Braga, 2020, p.60). Esclarecendo que a dosimetria da pena não se trata apenas de cálculos realizados, mas também requer uma análise que imprescinde de fundamentação. Como afirma Bitencourt (2020) no qual esclarece ao magistério como valorou cada uma das circunstâncias, para que consiga entender os critérios que foram utilizados.

Sendo realizada por meio do sistema trifásico, em três fases nos quais buscam analisar todas as particularidades sobre o réu, para que possa ser imposta uma pena justa. para Nucci (2007) o sistema trifásico permite que tenha o conhecimento sobre o motivo do juiz aplicar a pena, por meio da fundamentação presente em cada fase desse sistema. com a pena será fixada no artigo 59. Segundo Braga (2020) A dosimetria da pena reflete diretamente na individualização penal, indo em encontro com o estado social e o Democrático de direito. Sendo que em primeiro momento o Juiz dele considerar as circunstâncias judiciais presentes no artigo 59 do código penal. Portanto, segundo:

Observa-se que, nesta fase, ainda que totalmente favoráveis os dados levantados pelo magistrado, não poderá desprezar os limites abstratos previstos na moldura penal. Com efeito, é expresso o Código Penal, em seu art. 59, I, que, ao enfrentar aquelas variáveis que compõem as circunstâncias judiciais. (Braga,2020, P. 59)

Sendo assim, no que diz respeito a pena-base é regulada com por meio do artigo 5 da Constituição Federal no inciso XVII, voltado para a individualização penal, também pelo artigo 59 da lei de número 2.848 de 07 de dezembro de 1990, de acordo com o esse artigo, o juiz deve

analisar as seguintes situações do réu: a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime ocorrido, comportamento da vítima, nesse caso seriam os critérios que criam um direcionamento para que ocorra a fixação da pena-base. De acordo com Jesus (2011) as circunstâncias atenuantes são divididas em objetivas e subjetivas. As objetivas são relacionadas aos elementos relacionados ao fato, infração penal cometida e não ao agente. Enquanto a de caráter subjetivo é relacionada ao agente causador da ação ilícita, sem relação com a materialidade do crime.

A primeira fase do sistema trifásico da dosimetria é para fixar a pena-base, em que o juiz leva em consideração as circunstâncias judiciais do artigo 59 do código penal. Na segunda fase ocorre uma análise sobre as atenuantes e agravantes da pena. Chegando na terceira fase, ocorrerá uma análise sobre as causas especiais de diminuição ou aumento da penalidade. Considerando esse contexto, para Grego (2008) cada circunstância deve ser analisada de forma individual, enquanto o juiz não pode se referir a elas de maneira genérica no momento de determinar a pena-base, visto que o réu deverá compreender os motivos naquela quantidade que foi determinada.

Nesse caso, se as circunstâncias presentes no artigo 59 do CP forem todas a favor do réu a pena-base ficará no mínimo, caso algumas dessas circunstâncias forem desfavoráveis ocorre um afastamento da pena mínima, segundo Bittencourt (2019) se for desfavorável, pode aproximar do termo médio, que seria a soma dos dois extremos, sendo que o cálculo deve ser iniciado do limite mínimo e só após a análise do artigo 59 é feita a fixação da pena afastando do mínimo legal.

O segundo momento da dosimetria é por meio da análise das agravantes e atenuantes, sendo as atenuantes encontradas no artigo 65 do CP que podem levar a uma diminuição da pena de um crime, enquanto no artigo 61 e 62 do CP estão descritas as causas que podem agravar as penas. A última fase do sistema trifásico ocorre o aumento ou a diminuição da pena final, caso estejam presentes alguma majorante ou minorante de penas também conhecidas como “casos especiais”, sendo analisado em diferentes partes da legislação.

Na terceira fase da dosimetria da pena encontrasse causas especiais que podem aumentar ou diminuir a pena, sendo que, estas possuem seus patamares já preestabelecidos e não se encontram todas elencadas em algum artigo específico, estando espalhadas por todo código penal, sendo mais comumente encontrada no próprio tipo penal. Diferente das agravantes e atenuantes que além de possuírem um artigo específico onde descreve quais são as causas que atenuam e agravam a pena, não possuem patamares específicos ficando a critério do juiz a valoração na hora de fixar a pena. Isso pode ser afirmado por:

A diferença fundamental entre elas reside no fato de que as circunstâncias atenuantes e agravantes são elencadas pela parte geral do Código Penal e o seu quantum de redução e de aumento não vem predeterminado pela lei, devendo o juiz, atento ao princípio da razoabilidade, fixá-lo no caso concreto; as causas de diminuição e de aumento podem vir previstas tanto na parte geral como na parte especial do Código Penal, e o seu quantum de redução e de aumento é sempre fornecido em frações pela lei. (GRECO, 2017, p.713)

Outro ponto relevante a ressaltar é que os fatores agravantes e atenuantes da dosimetria da segunda fase não devem ser confundidos com majorantes e minorantes pois esses fatores afetarão a dosimetria da terceira fase. Segundo Bitencourt (2017) Os fatores primários e secundários são encontrados em todo o Código Penal, enquanto os fatores atenuantes e agravantes são encontrados apenas na seção geral do Código Penal. Os motivos do aumento ou diminuição da pena têm seu grau de avaliação no próprio texto legal, que só poderá ser determinado pelo juiz dentro dos parâmetros prescritos. Além disso, são permitidas reduções abaixo do mínimo legal, em oposição a razões atenuantes, que, num entendimento geral, proíbem reduções abaixo do mínimo.

Na terceira fase do sistema trifásico o juiz analisa as causas gerais e especiais que podem gerar um aumento ou diminuição da pena, sendo assim, de acordo com Braga (2020) “ Na terceira etapa, o juiz verificará as causas gerais e especiais de aumento e de diminuição de pena, todas previamente consignadas no texto legal, podendo, então, ao aplicar os coeficientes indicados, encontrar valores finais que exorbitam o piso e o teto da lei.” P. 61

Portando, compreende-se que o sistema trifásico é um processo de grande importância para que ocorra uma forma justa por parte do Estado quando é imposto uma penalidade criminal, sendo que não é apenas a pena fixada de acordo com o crime, caso fosse assim, ocorreria uma padronização na pena que iria contra o princípio de individualidade penal, com isso, o sistema trifásico considera algumas ferramentas como a atenuantes, agravantes e o aumento e diminuição da pena, além de considerar o princípio de individualidade de proporcionalidade etc.

3 IMPORTANCIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO E OS TIPOS DE PENAS CRIMINAIS

Não que diz respeito a penal criminal, é o meio pelo qual ocorre uma punição por parte do Estado para aqueles que cometeram atos infracionais contra a sociedade ou contra um indivíduo, também uma forma de prevenir que um crime aconteça, devido ao indivíduo saber que para essas ações ilegais existem consequências. De acordo com Bitencourt (2017) O direito

penal tenta descrever as diretrizes a serem seguidas a critério do juiz, como a observação dos motivos do agente, a forma como ele se comporta no meio social, o relato do crime etc.

Embora esse dispositivo ainda não seja muito claro e assertivo quanto ao conteúdo da análise, já permitiu ao juiz fazer uma distinção preliminar entre a realidade fática e com razão, e se esforça para tornar a punição do agente mais personalizada e baseada na pena. Se as circunstâncias forem favoráveis ao réu, o mínimo legal ainda será mantido.

Sendo feita por meio do poder do Estado, segundo Bittencourt (2004) as três teorias explicam o sentido, a função e a finalidade da pena, como uma forma de punir e de prevenir a ocorrência de um crime. segundo Oliveira (2020) são baseadas em três teorias, a primeira é a teoria de prevenção especial, a teoria de prevenção geral e a teoria da retribuição. A teoria da prevenção especial seria a ideia de ao anunciar a penalidade com o intuito do infrator não voltar a realizar ações ilegais. A teoria de prevenção geral seria aquela em que com a capacidade da legislação penal tem como finalidade intimar os indivíduos para que não venham a cometer algum crime, por fim, a teoria da retribuição é uma forma do Estado retribuir a ação do criminoso por meio da pena, dessa forma não apresenta a ideia de ressocialização, mas de punir pela ação feita contra outro indivíduo ou sociedade. Segundo Souza (2006, p. 35):

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma (SOUZA, 2006, p. 35)

Considerando a pena uma forma de unir aquele que comete o crime e sendo uma forma desse indivíduo poder voltar a ser ressocializado para que após cumprir a pena não volte a cometer crimes e de prevenir a ocorrência de crimes. Sabe-se que existem diferentes maneiras de ocorrer essa punição, sendo as penas: Penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito e as multas.

As penas privativas de liberdade são aquelas que tiram ou limitam o direito de ir e vim do cidadão por um período para que possa cumprir a pena. Porém o que não deve ocorrer é a prisão perpétua ou prisão com tempo indeterminado, por ser inconstitucional, sendo que de acordo com a Lei 13.964 de 2019, o limite máximo da pena privativa de liberdade é de 40 anos, podendo ser feita por meio do regime fechado, semiaberto ou aberto.

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

O Regime Fechado possui uma negação é destinado para condenados com pena superior a oito anos. Segundo o autor (Santos, 2014, p.488) “regime fechado constitui negação absoluta do programa do legislador: o trabalho interno comum é privilégio de poucos condenados, o trabalho externo em serviços ou obras públicas é raríssimo e o isolamento durante o repouso noturno.”

Enquanto o regime semiaberto priva da liberdade de penas superiores de 4 anos e inferiores de 8 anos, sendo que o trabalho interno é realizado ou o externo com o retorno no final do dia, além de permitir frequência de cursos profissionalizantes, podendo trabalhar em colônias agrícolas ou industrial segundo o Código Penal artigo 35. O regime aberto, por sua vez, segundo o autor Santos (2014) é cumprido na casa de albergado, para condenados com menos de 4 anos de prisão, com o fundamento de ser autodisciplinado e com senso de responsabilidade do condenado, estando presente no artigo 36 do código penal.

As penas restritivas de direito ou penas alternativas são as que não envolve uma prisão, mas permite que o condenado passe por limitações nos seus direitos ou prestação de serviço, como prestação de serviço comunitário, perder temporariamente os direitos e uma limitação do fim da semana. Estando presente do artigo 43 ao 48 do código penal. A prestação de serviço são as tarefas gratuitas que devem ser realizadas pelo condenado junto com a assistência social, de forma que não venha a prejudicar o a jornada de trabalho normal do indivíduo.

A forma da penalidade por multa está presente no artigo 49 até o artigo 52 do código penal. E trata-se do pagamento ao fundo penitenciário, no qual caso não ocorra o pagamento a multa será convertida para uma pena privativa de liberdade. Como é afirmado no artigo 49 “A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa.” (Brasil,1984)

Os princípios são normas que servem de base para o sistema jurídico, estando presente na Constituição Federal, os princípios são diretrizes básicas que regula o direito como um todo e dentre elas a matéria penal, entre os princípios do direito penal está o princípio da individualização da pena, “o princípio da individualização encontra eficácia em dois momentos distintos, quais sejam, o legislativo (quando a pena é cominada) e o executivo (quando o

condenado é tratado de forma diferente, de acordo com o crime que cometeu).” (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 1995, p. 30).

Individualização da pena é o processo de analisar as particularidades mediante a sentença de um crime, com o objetivo de não ocorrer uma padronização da pena, visto que deve ser considerado as características judiciais de forma individual, este princípio encontra respaldo no no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, de acordo com Almeida (2022) tem como objetivo garantir uma adequada penalidade para o criminoso que está sendo devidamente julgado. Sendo que a individualização penal é feita por meio de três etapas, a legislativa, judiciária e a executória, como é citado por Nucci (2021, p. 37-38):

individualização da pena desenvolve-se em três etapas distintas. Primeiramente, cabe ao legislador fixar, no momento de elaboração de tipo penal incriminador, as penas mínima e máxima, suficientes necessárias para a reprovação e prevenção do crime. É a individualização legislativa. Dentro dessa faixa, quando se der a prática da infração penal e sua apuração, atua o juiz, elevando o montante concreto ao condenado, em todos os seus prismas e efeitos. É a individualização judiciária. Finalmente, cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. (...) É a individualização executória (NUCCI, 2011, p. 37-38)

O princípio da individualização da pena, segundo Bitencourt (2017) procura estabelecer os limites mínimos e máximos que o magistrado deve respeitar. Embora ao juiz seja permitido o poder discricionário para ajustar a pena do arguido, deve sempre agir de forma fundamentada para garantir que o juiz tem o poder discricionário de ajustar a sentença do réu. Não cair na arbitrariedade e garantir ao réu a possibilidade de receber uma punição adequada e individualizada de acordo com o grau de reprovabilidade de seu comportamento na sociedade.

Para desenvolver um sistema eficaz de punição dosimétrica, um posto-chave que precisa ser esclarecido é a distinção entre as circunstâncias essenciais do crime e as circunstâncias acessórias, assim afirma Bitencourt (2017) uma vez que estas circunstâncias giram exclusivamente em torno do crime e trazem maior ou menos irrepreensibilidade, propondo uma avaliação que deve influenciar a conduta, mas mesmo que isso não exista, o crime ainda existe. O crime básico refere-se a condições específicas, caso não existam, elimina-se a tipicidade do comportamento ou altera-se a classificação, passando a ser outro crime.

Sendo assim, a individualização da pena seria a justa e adequada sanção penal de forma que evita a padronização da pena, tornando-a única, para Nucci “a individualização da pena

tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado” (NUCCI, 2009, p. 34). O que é se suma importância considerando que cada indivíduo que vai receber a penalidade criminal apresenta um histórico próprio que deve ser levado em consideração quando o juiz declarar o seu tempo de cumprimento da pena.

Dessa forma, a individualização penal seria uma garantia constitucional, sendo voltada para a proteção dos direitos, como um instrumento que evita uma quebra do direito fundamental do indivíduo que vai cumprir uma pena. Segundo Costa (2021) A individualização da pena representa uma limitação constitucional, que determina numericamente o tempo de cumprimento da pena e envolve a missão do sistema constitucional e legal de propor uma pena justa para o réu. De acordo com a Constituição Federal no artigo 5 inciso XLVII:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
 a) privação ou restrição da liberdade;
 b) perda de bens;
 c) multa;
 d) prestação social alternativa;
 e) suspensão ou interdição de direitos (Brasil, 1988)

Dessa forma, promove uma adequação entre das particularidades do caso, do indivíduo junto com os direitos legais. Bitencourt (p.306, 2020) “princípio constitucional da individualização da pena, que, em outros termos, significa dar a cada réu a sanção que merece, isto é, necessária e suficiente à prevenção e repressão do crime.” evitando que ocorra uma padronização das penas, considerando a características individuais de cada caso judicial. Sendo assim, de acordo com individualização da pena o indivíduo que está em julgamento será como análise não apenas o crime que foi cometido, mas também em quais circunstâncias que ocorreu fazendo com que a pena não seja padronizada, visto que cada crime tem circunstâncias de ocorrências diferentes.

4 ANÁLISE DA SÚMULA 231 DO STJ: IMPOSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA ABAIXO DO MINIMO LEGAL

A aplicação da Súmula 231 do STJ (Superior Tribunal de Justiça), no qual afirma que “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” (SÚMULA 231, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/1999, DJ 15/10/1999, p. 76). Essa súmula foi editada de acordo com Braga (2020) devido a uma ausência de debates

sobre os elementos que permitem ou proíbem a diminuição além do mínimo legal devido as atenuantes. Ou seja, o juiz não deve diminuir abaixo do mínimo ou aumentar uma pena acima do que a lei permite. Como afirma Ferreira (p.103-104, 1998):

O juiz não pode diminuir a pena aquém do mínimo ou aumentá-la acima do máximo legal, porque com isto estaria burlando o princípio da legalidade. Mas pode ultrapassar esses limites em razão das causas especiais de aumento ou de diminuição porque em relação a estas, não há perigo de burla, tendo em vista que o aumento ou a diminuição já vêm previamente estabelecidos pelo legislador.

Essa súmula, afirma que em caso de uma causa atenuante, o juiz mesmo a reconhecendo se a pena base tiver sido fixada no mínimo legal, não deve aplicar de uma forma que burle a lei. Considerando esse contexto, a crítica feita sobre ela é que pode impedir que ocorra a individualização da pena, o que para Nucci (2020) “o princípio da individualização da pena tem como finalidade a adequação da sanção penal à pessoa do condenado e ao delito praticado” (NUCCI, 2020, p. 896). Sendo um dos pilares do sistema jurídico penal, quando a diminuição de uma pena abaixo do mínimo legal não pode ser considerada mesmo que o indivíduo apresente atenuante, vai de encontro ao princípio de proporcionalidade e individualização penal. Como é citado por Canotilho (2003, p. 1041), “na proporcionalidade exige uma relação de adequação entre a pena e a gravidade do ilícito cometido, bem como uma relação de necessidade entre a pena e a finalidade da punição.” A proporcionalidade seria então uma resposta para uma penalidade justa para que seja possível cumprir o objetivo de após o cumprimento da pena o indivíduo ser reintegrado para a sociedade. As circunstâncias atenuantes da pena determinam elementos que reduzem o período de uma condenação, presente do artigo 65 do código penal. Reafirmando (Braga, 2020, p. 84)

A fundamentação para a redução da pena abaixo do mínimo, em se identificando uma circunstância atenuante, está na própria lei, que, longe de impor qualquer condição, crava o adverbio ‘sempre’ no art. 65 do código penal.” Ou seja, o uso desse adverbio faz com que traga uma ideia de que deve manter as atenuantes no momento de definição da pena. (Braga, 2020, p. 84)

Considerando as análises aqui presentes sobre limites mínimos e máximos da pena, segundo o entendimento da súmula, estes patamares devem ser considerados mesmo ocorrendo atenuantes. Porém, segundo o autor Grego (2017, p.733) “O art. 65 não faz essa ressalva, pelo contrário, determina expressamente, por intermédio do advérbio “sempre” que a pena deverá ser diminuída caso exista alguma Circunstância atenuante”. Ou seja, visto que o adverbio

“sempre” é usado para trazer uma clara indicação que deve ocorrer a diminuição de pena, não trazendo nenhuma ressalva sobre não poder diminuir a pena abaixo do esperado, visto que as atenuantes servem justamente para causar alguma diminuição caso necessário.

Reafirmando por Bitencourt (2017, p.305) “deixar de aplicar atenuante legal, mesmo sob o pretexto de que a pena-base não pode ser fixada abaixo do mínimo cominado, posto que o art. 65 determina que as atenuantes ‘são circunstâncias que sempre atenuam a pena’”. Ou seja, o uso desse adverbio **sempre**, transmite uma ideia de que deve manter as atenuantes no momento de definição da pena de forma obrigatória. Mas, Nucci (2021) esclarece que quando o legislador fixa o tempo mínimo e máximo de uma pena, obrigaria o juiz a utilizar esses parâmetros preestabelecidos, Nucci (2021, p.433) afirma:

As atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição (NUCCI, 2021, p. 433)

Bitencourt (p.307, 2017) deixa evidente seu posicionamento sobre o assunto quando esclarece que a redução de uma pena partida “uma interpretação equivocada, que a dicção do atual art. 65 do Código Penal não autoriza. (...) determina que as circunstâncias atenuantes “sempre atenuam a pena”, independentemente de já se encontrar no mínimo cominado. Dessa forma, não é deixado dúvidas sobre essa obrigatoriedade, e como uma interpretação que venha a ser diferente possa violar o princípio de individualidade penal. Além da inconstitucionalidade está presente quando não considera o que está transcrito na própria legislação. De acordo com Grego (2010, p.534):

O mencionado artigo afirma, categoricamente, que são circunstâncias que sempre atenuam a pena. Por que razão utilizaria o legislador o advérbio “sempre” se sua intenção fosse deixar de aplicar a redução, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo?

Deve ser considerado que no Sistema de Direito não pode ocorrer uma interpretação que venha a ser negativa para o réu, sendo assim, que pode acontecer no caso de não considerar as atenuantes. De acordo com Santos (2005) Essa proibição abaixo do mínimo legal mesmo com as circunstâncias atenuantes seria uma analogia “in malam partem” que seria “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” (Santos, 2005, p.140).

De acordo com Rodrigues (2017) embora o sistema trifásico permita essa diminuição de acordo com as atenuantes, o sistema que considera a súmula 231 do STJ não está imune as críticas, principalmente no que diz respeito a desconsiderar as circunstâncias atenuantes quando a pena-base já se encontra no mínimo legal. De fato, não tem como superar essa posição que é orientada pela jurisprudência. Esse posicionamento também é apresentado por Schmitt (2013, p.182):

Como ocorre na fixação da pena-base, prevalece o entendimento jurisprudencial que o reconhecimento de uma circunstância atenuante não poderá trazer a pena aquém do mínimo legal previsto em abstrato, ao tempo em que o reconhecimento de uma circunstância agravante também não poderá conduzir a pena além do máximo previsto em abstrato. (Schmitt, 2013, p.182)

Dessa forma, com a fixação da pena-base apresenta um norteamto sobre o tempo da pena criminal que vai ser cumprido, porém segundo Schmitt (2013) mesmo após as circunstâncias atenuantes serem analisadas prevalece o entendimento da jurisprudência sobre não ocorrer casos em que a pena seja menor ou maior do que está descrito na legislação.

A atual doutrina dominante sustenta que permitir a aplicação de fatores atenuantes abaixo do mínimo legal seria inconstitucional porque os legisladores, ao definirem os parâmetros da pena de um crime, especificam seus índices mínimo e máximo, e o descumprimento desses parâmetros seria considerado inconstitucional. Permitir a imposição de sanções fora do âmbito prescrito pelo legislador é uma clara violação do princípio da reserva legal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse artigo analisou a legislação no que diz respeito ao funcionamento do sistema trifásico da dosimetria da pena, sendo um meio de cálculo de uma pena, sendo feito por meio de três fases, em que é fixada a pena-base, em seguida analisada as agravantes e as atenuantes e por fim é realizado o aumento e diminuição da pena. Sendo assim, o processo da individualização da pena é o meio no qual a penalidade criminal é feita com base as particularidades do réu de forma que o tempo de pena não é algo padronizado. Essa individualização é feita por meio de três etapas, sendo a legislativa, judiciária e a executória.

A dosimetria da Pena ocorre em três fases chamadas de sistema trifásico, em que inicialmente é imposto a pena-base, em seguida considerado as atenuantes e agravantes e por fim avaliado os casos especiais de diminuição e aumento da pena. Dessa forma, o processo da dosimetria da pena com o sistema trifásico permite que ocorra a individualização penal, assim como pode ocorrer uma diminuição ou aumento da pena após toda a análise realizada, porém uma crítica feita é saber até que ponto essa diminuição da pena criminal pode ser realizada, sendo assim, surge a Súmula 231 do STJ, no qual afirma que não pode ter uma diminuição de pena por intermédio das atenuantes abaixo do mínimo legal.

A individualização da pena é o processo de análise das características particulares de um crime no momento da sentença, não tendo por objetivo padronizar a pena, uma vez que as características judiciais devem ser consideradas individualmente, conforme estipula o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Portanto, de acordo com a individualização da pena, o julgado pode analisar não só o crime cometido, mas também as circunstâncias em que foi cometido, o que faz com que a sentença não seja padronizada, uma vez que cada crime tem circunstâncias diferentes.

Um ponto discutindo desse artigo é sobre o advérbio usado no artigo 65 do CP em que o advérbio "sempre" é imposto para mostrar que deve ser feita uma diminuição em caso de circunstâncias atenuantes. Porém, como as atenuantes não fazem parte do tipo penal não podem promover essa redução abaixo do mínimo legal.

Em contrapartida ao falar que as atenuantes "Sempre atenuam a pena" não deixa dúvida dessa obrigatoriedade. Mas, a Súmula 231 do STJ segue sendo usada para impedir que ocorra uma diminuição da pena abaixo do mínimo legal, dessa forma, não é considerado as atenuantes quando a pena-base está definida no mínimo legal. Essa proibição abaixo do mínimo legal seria uma verdadeira analogia in malam partem, ou seja, seria usado para prejudicar o réu, o que a torna inconstitucional.

Dessa forma, um outro posicionamento sobre a inconstitucionalidade da súmula 231 do STJ, por ir contra o princípio da individualidade penal, garantia legal os direitos individuais e direito a dignidade, devido ao não uso de as atenuantes causar um excesso de tempo de prisão que desfavorece o réu, sendo também um caso de analogia in malam partem, indo contra o artigo 59 do Código Penal que assegura a imposição da penalidade considerando a proporcionalidade e a culpabilidade mediante uma pena.

Sendo assim esse artigo teve como foco compreender a possibilidade ou impossibilidade das causas atenuantes, presentes da segunda fase do sistema trifásico de dosimetria da pena adotada pelo código penal brasileiro, poderem incidir na pena abaixo do parâmetro mínimo

legal estabelecido pelo legislador, considerando a análise realizada da súmula 231 do STJ a qual veda a sua incidência e as críticas sobre a sua constitucionalidade levando principalmente em consideração os princípios constitucionais que norteiam o direito criminal brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, M. **Manual da sentença criminal e dosimetria da pena**. ed 2. Lene- SPP: Mizuno, 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 7209**, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências.

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940.

BRAGA, Carlos Henrique Perpétuo, 2020. **A súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça: uma (re)construção principiológico-constitucional no Estado Democrático de Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: Causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 295-309.

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

BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1 (Parte Geral). São Paulo: Saraiva, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal, Parte Geral**, volume 1, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 72.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, A. **Penas e medidas de segurança fundamentais e individualização**. 4 ed. Belo Horizonte: Conhecimento editora, 2021.

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

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. Ed. Nitérois, RJ: Impetus, 2017.

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

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MARANHÃO, Douglas Bonaldi. **Princípios da personalidade e da individualização da pena no direito penal moderno**. Revista Jurídica da UniFil, [S.l.], v. 5, n. 5, p. 55-66, out. 2018. ISSN 2674-7251. Disponível em: <<http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/614>>. Acesso em: 19/09/2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, M. Execução da pena privativa de liberdade: Ressocialização, neutralização e possibilidades. **CNMP**, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PIPINO, Luiz Fernando Rossi. **Direito penal: parte geral**, vol. 1, 2. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2022.

SANTOS, J. C. dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, J. **Direito Penal: Parte Geral**. Ed 6. mpl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014

SILVA, Haroldo Caetano da, **Manual de Execução Penal**, 2º edição, Ed. Bookseller, Campinas, 2002: P. 35.

TRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

RODRIGO, D. **A aplicação da pena**. Ed 2. Saraivaeducação, 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1996