



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO  
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO  
CURSO DE DIREITO  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 – STJ  
CONSEQUÊNCIA NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

ORIENTANDO – SURIANY HENRIQUE FREITAS BELO  
ORIENTADORA – PROFESSORA DRA. MARIA CRISTINA VIDOTE B TÁRREGA

GOIÂNIA-GO  
2022

SURIANY HENRIQUE FREITAS BELO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 – STJ  
CONSEQUÊNCIA NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Artigo Científico apresentado à disciplina: Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIAS)  
Prof. Orientadora – Dra. Maria Cristina Vidotte B. Tárrega.

GOIÂNIA-GO  
2022

SURIANY HENRIQUE FREITAS BELO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 – STJ  
CONSEQUÊNCIA NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Data da Defesa: 01 de dezembro de 2022

BANCA EXAMINADORA

---

Orientadora: Prof. (a): Dra. Maria Cristina Vidotte B. Tárrega

Nota

---

Examinadora Convidada: Prof. (a): Dra. Marina Rúbia M. L. de Carvalho

Nota

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	05
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	06
<b>1. HISTÓRICO DO DIREITO PENAL</b> .....	08
1.2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS.....	14
1.3. APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL.....	18
<b>2. ORIGEM E PRECEDENTES DA SÚMULA 231 DO STJ</b> .....	21
2.2. A DOSIMETRIA DA PENA DE ACORDO COM A SÚMULA 231 DO STJ.....	22
2.3. A PREJUDICIALIDADE AO RÉU NA APLICAÇÃO SUMULADA.....	27
<b>3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ</b> .....	29
3.2. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE O ASSUNTO.....	31
3.3. APLICABILIDADE NO CASO CONCRETO.....	34
<b>CONCLUSÃO</b> .....	36
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	39

# A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 – STJ

## CONSEQUÊNCIA NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

### RESUMO

**Suriany Henrique Freitas Belo<sup>1</sup>**

O presente artigo científico possui a finalidade de evidenciar os regulamentos e princípios instituídos no aparelho penal, ou seja, a dosimetria da pena privativa de liberdade busco com isto, uma análise das condições, do sistema trifásico de aplicação da pena, conforme o artigo 68 do Código Penal. Neste sentido, este artigo demonstrará o uso adequado das fases da dosimetria da pena, por meio de uso em caso concreto, por meio da relação entre os artigos do CP e os entendimentos jurisprudenciais dos magistrados a fim de constituir o cálculo da pena. Dito isto, será abordado às circunstâncias judiciais, como por exemplo, agravantes, atenuantes, as origens do aumento e da diminuição da pena, por meio do entendimento da redação da Súmula 231, publicada pelo STJ, sua inconstitucionalidade evidenciada pela incoerência, diante aos princípios constitucionais instituídos pela Constituição Federal, como, por exemplo, a correta aplicação da pena mediante sua individualização, com o objetivo de instaurar um processo democrático de direito, mediante o devido processo legal, o direito de defesa e o contraditório. Neste sentido, o presente artigo foi construído com o método dedutivo, por meio de uma pesquisa bibliográfica de doutrinadores do assunto, assim como normas e jurisprudências, além da aplicação das normas da ABNT.

**Palavras-Chave:** Dosimetria; Pena; Código Penal; Súmula 231.

---

<sup>1</sup> Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Acadêmico de Direito Suriany Henrique Freitas Belo.

## INTRODUÇÃO

O principal objetivo da justiça é apresentar o equilíbrio efetivo entre as ações praticadas por aqueles que a compõe, desde as civilizações primitivas que já estabeleciam o seu próprio ordenamento jurídico, por meio das leis instituídas pelos seus líderes. Assim, deverá ser analisada a aplicabilidade do conteúdo normativo a ser criado em casos concretos, e servirem como norteadoras de litígios futuros.

Neste sentido, o homem moderno se encontra em constante transformação, em especial, pelas suas interações dentro da sociedade, assim, as normas acompanham estas mudanças ao longo do tempo. Logo, as leis criadas em cada momento da sociedade apresentam uma enorme diversificação de princípios e condutas a serem seguidas pelo indivíduo em uma sociedade.

Portanto, os princípios constitucionais possuem a finalidade fundamental de proporcionar a criação e a efetivação da segurança social e jurídica, neste sentido, quando existe uma norma fere um determinado princípio, perde-se com isto, o empenho e o atributo efetivo da norma, consentindo com deliberações equivocadas sobre o conteúdo jurídico analisado, o que poderá acarretar em decisões injustas na esfera do direito.

Em se tratando de direitos, os Tribunais do Brasil apresentam um elevado índice de carga de processos com o devido julgamento de mérito entre as partes, pleiteando assim, a busca da solução de algum litígio, para que os operadores do direito possam com isto, buscar um entendimento superior das leis e aplicá-las ao seu caso, para a justa solução da questão.

Assim, o presente artigo científico busca analisar, em seu primeiro capítulo, um breve histórico do direito penal, a efetividade dos princípios constitucionais voltados ao tema, a aplicabilidade do direito penal. Assim, no segundo capítulo será abordado a origem e precedentes da súmula 231 do STJ, assim como a aplicabilidade da dosimetria da pena de acordo com a Súmula 231 do STJ, finalizando assim com o risco da Súmula 231 do STJ prejudicar o réu.

Finalmente, no terceiro capítulo, será abordada a inconstitucionalidade da Súmula 231 do STJ, entendimentos jurisprudenciais sobre o tema e a aplicabilidade em um caso concreto. Portanto, este trabalho analisa a Súmula 231 do STJ, uma vez que o seu conteúdo diverge do Código Penal brasileiro de 1940, em se tratando das circunstâncias atenuantes que dosam a pena privativa de liberdade.

Neste sentido, esta divergência se refere ao conteúdo da norma em relação à letra de lei do Código Penal Brasileiro do ano de 1940, versando sobre as circunstâncias atenuantes

que dosam a pena privativa de liberdade, contudo, proibindo com isto, a redução do mínimo legal estabelecido, portanto, permitindo interpretações equivocadas ou mesmo divergentes.

Logo, o presente trabalho possui a finalidade de ofertar um estudo sobre os impactos causados pelos entendimentos divergentes ou equivocados, em comparação aos princípios estabelecidos pelo Direito Penal e com isto, analisar o teor das normas comparando-as com os entendimentos aplicáveis na dosimetria da pena privativa de liberdade.

Deste modo, deve ser analisada a aplicabilidade das penas com a finalidade de averiguar possíveis inconstitucionalidades dos direitos adquiridos pela norma, fundamentados ainda, pela Constituição Federal, beneficiando com isto, o usuário necessitado da justa aplicação da lei.

Portanto, o presente artigo buscou apresentar uma pesquisa nas leis vigentes, entendimentos doutrinários, artigos científicos e entendimento jurisprudencial sobre o assunto. Assim, o artigo está dividido em capítulos, sendo o primeiro destes, um breve histórico do Direito Penal, passando pelos Princípios Constitucionais e finalizando na aplicabilidade do Direito Penal.

O segundo capítulo versa da origem da Súmula 231 do STJ, e a aplicabilidade da dosimetria da pena conforme a referida Súmula, concluindo o capítulo pelo ato prejudicial motivado pelo entendimento equivocado da Súmula. Por fim, o terceiro e último capítulo versa sobre a inconstitucionalidade da Súmula 231 do STJ, aplicando o entendimento jurisprudencial e uma aplicação no caso concreto.

Em se tratando da Dosimetria da Pena privativa de liberdade, esta representa o cálculo efetivado no processo penal e direito penal, com a finalidade de impor uma sanção a um determinado indivíduo que cometeu conduta ilícita e culpável por parte dos operadores do direito.

No Brasil, a metodologia de aplicação da pena adota a disposição prevista no artigo 68 do Código Penal, denominado como sistema trifásico, uma vez que aprecia o cálculo por meio de três fases diferentes e individuais entre si que por sua vez, fundamentarão os elementos objetivos e subjetivos componentes ao caso.

Neste sentido, o presente trabalho buscou alcançar uma leitura constitucional sobre o tema a luz dos princípios da legalidade, da culpabilidade, da individualização da pena e da proporcionalidade.

Assim, o Magistrado em primeira instância, fixará a pena base a partir das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, em sequência, a segunda fase o Magistrado

analisa as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, a terceira fase, aplica-se as causas de aumento e diminuição da pena, constituindo assim, a dosimetria da pena.

Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça promulga a Súmula de nº 231 do ano de 1999, e dispõe que, “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. A partir deste momento, a doutrina e jurisprudência sobre o assunto consideram que, no momento da aplicação da primeira fase e se impetra o mínimo legal, sem a aplicação das demais fases, ou seja, não se aplica as circunstâncias atenuantes em respeito à Súmula 231.

## **1. HISTÓRICO DO DIREITO PENAL**

A importância do estudo da história do direito penal proporciona uma correta avaliação dos princípios e da mentalidade da sociedade norteadora no sistema punitivo moderno. Assim, a história humana não se separa do sistema normativo, ou seja, no momento em que o ser humano convive em comunidade, foram surgindo regras de conduta normatizando a vida em sociedade.

Neste sentido, o Direito Penal pode ser classificado em fases para o seu melhor entendimento, assim, o primeiro é denominado de Período da Vingança, iniciado nas civilizações antigas se estendendo até o século XVIII. Este período é marcado pela ausência de um aparelho orgânico de princípios gerais, ou seja, neste período as comunidades existentes eram envolvidas pelo ambiente mágico e religioso.

Assim, este sistema considerava os fenômenos naturais, como por exemplo, a seca, pestes e erupções vulcânicas como castigos divinos praticados pelos deuses, para a reparação de algum ato ilícito cometido por um transgressor. Neste sentido, estes acontecimentos representavam os primeiros indícios de penas aplicadas.

Este período é caracterizado por possuir três subdivisões, que é a fase da vingança privada, da vingança divina e da vingança pública. Na primeira, quando acontecia um determinado crime, a vítima poderia imediatamente ter a sua vingança, acompanhado por seus familiares ou membros da tribo.

O Doutrinador esclarece sobre o assunto: “[...] um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto”. (FROMM, 1975).



Portanto, o Período da Vingança marcou as primeiras fases do Direito Penal, e em seu período, a resposta aos crimes era a própria reação da vítima, ou seja, o indivíduo lesado, assim como os parentes e o seu grupo social, agia em resposta a ofensa atingindo com isto o agente causador do delito e o seu grupo social.

Logo, caso o ofensor seja do mesmo grupo social do ofendido, ou seja, da mesma tribo, este poderia ter como punição a expulsão de seu próprio grupo, ou seja, ser banido de sua aldeia a mercê de outras tribos ou mesmo de animais da floresta, sendo assim, a sua morte iminente.

Por sua vez, caso o transgressor tenha sido de outra aldeia ou tribo daquele ofendido, a reação era, segundo Mirabete (2010) conhecida por “vingança de Sangue”, considerada com isto, um dever sagrado e religioso, conforme Mirabete (2010) representa uma “verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele a que pertencia o ofensor, culminando, não raro, com a eliminação completa de um grupo” (MIRABETE, 2010, p. 16).

Assim, este período foi marcado pelas constantes lutas entre as tribos e famílias o que gerou a extinção de muitas destas, e o fortalecimento daquelas que foram se unindo, e, com isto, o surgimento da Lei de Talião e as regras que evitavam o aniquilamento de tribos e aldeias.

Neste sentido, ao passar do tempo, a Lei de Talião foi evoluindo e surgiu a possibilidade do infrator satisfazer a infração por meio de indenização em moeda ou em espécie, como por exemplo, vestes, gado ou prestação de serviços.

Surgiu assim, a era denominada Composição e o doutrinador (LEAL, 1998, p. 10) conceitua:

A composição é, assim, uma forma alternativa de repressão aplicável aos casos em que a morte do delinquente fosse desaconselhável, seja porque o interesse do ofendido ou dos membros de seu grupo fosse favorável à reparação do dano causado pela ação delituosa.

A ideia da composição consiste no sistema em que o criminoso se livraria de sua punição com a compra da própria liberdade, assim, a composição compreende os princípios do Código de Hamurábi da Babilônia, ao Pentateuco dos Hebreus e ao Código de Manu da Índia, foi aceita amplamente ainda, pelo Direito Germânico, estabelecendo com isto, um dos precedentes da reparação de danos contemporânea do Direito Civil, das penas pecuniárias e do Direito Penal.

Assim, a palavra Pentateuco provém do Grego Pentateucos que significa o “Livro de cinco volumes”, composto pelos cinco primeiros livros do Antigo Testamento, ou seja, Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio, uma vez que estes possuem uma grande importância, pois fornece a base do restante do conteúdo bíblico.

O Código de Hamurábi se assemelha com a Lei de Talião, como exemplo, cita-se os art. 209 e 210, respectivamente, que dispõe que “Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feito” e “Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele”.

Igualmente, na Bíblia Sagrada contém dispositivos semelhantes, em Levítico, 24, 17, dispõe que “todo aquele que ferir mortalmente um homem será morto”. Neste mesmo sentido, a Lei das Tábuas XII em seu artigo 11 determina que “Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo houver acordo”.

A segunda subdivisão é a Vingança Divina, ou seja, nela, as penas eram impostas pelos sacerdotes e líderes religiosos, assim, o direito se confundia com a religião. Neste período, o crime era enxergado como o pecado de cada infrator, e atingia com isto, cada deus dependendo da gravidade do ato infrator. Portanto, a pena era a punição divino que possuía a finalidade de salvar a alma do transgressor. Neste período, foi comum a aplicação de penas rígidas, características, portanto, do Código de Hamurábi na região do Egito e do Código de Manu na Índia.

A cerca da Vingança Divida, Noronha (2001, p. 21) elucida:

Já existe um poder social capaz de impor aos homens normas de conduta e castigo. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido”.

Portanto, nesta fase a punição era aplicada pelos sacerdotes pela incumbência divina, atribuindo assim, pena severa, desumana e cruel, a fim de intimidar a sociedade para não cometerem determinados atos.

Refere-se, portanto, do Direito Penal Religioso, que tinha como objetivo primordial a purificação da alma do ofensor, por meio da aplicação das sanções. Assim, os princípios básicos são encontrados no Código de Manu, da Índia e no Código de Hamurábi, como exemplo, o art. 6º do Código de Hamurabi dispõe: “Se alguém furta bens do Deus ou da Corte, deverá ser morto; e mais quem recebeu dele a coisa furtada também deverá ser morto”.

Por fim, existiu o período da Vingança Pública, onde foi marcado pela crueldade na aplicação da pena, como por exemplo, a condenação da morte na fogueira, na roda, pelo esquartejamento, sepultamento em vida e enforcamento. A aplicação de penas cruéis possuía a finalidade de inibir infrações, mas também, trazer segurança para o monarca em sua época.

O conteúdo da Vingança Pública praticada no desenvolvimento da sociedade moderna teve a influência religiosa, todavia, a capacidade punitiva passou a ser desempenhado pelo monarca, conforme o seu arbítrio, entretanto em nome de Deus.

Assim, neste contexto, Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 31) explica que “A primeira finalidade reconhecida desta fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito criminal da época”.

Embora a inexistência das garantias aos infratores, este período corresponde à evolução no emprego das penas, uma vez que confere a sua aplicabilidade ao Estado, mesmo que este exerça imenso rigor, contudo, representa o limite para a atuação do indivíduo.

Passados os anos, o Estado ganha mais força e dissipa o pensamento religioso de suas práticas, punitivas, passando assim, a apresentar penas intimidadoras, com a finalidade de prevenir e reprimir tais atos. Assim, os processos de julgamento eram sigilosos a ponto de o réu não ter a ciência da sentença imputada contra ele, ainda, caso inocente, o acusado não necessitaria de uma defesa, ao passo de se fosse culpado, o mesmo não teria o mesmo direito.

Ao passar do tempo, foi instituído o Período Humanitário compreendendo entre os anos de 1750 a 1850, por meio do Humanismo e caracterizado pela ação dos pensadores que contradiziam as ideias dos absolutistas, pregando assim, a reforma das leis administrativas e do Direito Penal em meados do final do século XVIII.

Conforme o pensamento penal iluminista vigorante da época, o empecilho punitivo encontrava-se desassociado das preocupações religiosas e éticas, neste sentido, o crime se constituía no contrato social infringido e a pena era constituída de uma medida simples preventiva.

Neste sentido, o Período Humanitário surgiu devido ao cansaço da população aos atos bárbaros cometidos em função de aplicação da lei vigente. Assim, o pensamento que predominava naquela época era a erradicação dos atos bárbaros em nome das leis e dos representantes da religião e abraçando a ideia do humanismo e dos pensadores como Rosseau, Voltaire, D’Alembert, Beccaria e do Cristianismo.

O pensador do Direito Beccaria originou a uma nova percepção da finalidade da punição do delito e da instituição da equiparação entre a seriedade da repressão com a relação entre o agravamento do delito praticado. Ainda, Beccaria foi o responsável pelo desenvolvimento do conceito da rigorosa legalidade dos crimes e das penas.

Em sua obra, Beccaria (2009, p. 49-50) declarou que:

[...] a finalidade das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado.

[...]

Quanto mais terríveis forem os castigos, tanto mais cheio da audácia será o culpado em evita-los. Praticará novos crimes, para subtrair-se à pena que mereceu pelo primeiro.

[...]

Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, eficaz, necessária, a mínima das possíveis nas circunstâncias dadas, proporcional aos crimes, ditada pelas leis.”.

Destaca-se neste tempo além de Beccaria, o pensador John Howard, que foi o idealizador do fluxo penitenciário preocupado na construção das afirmações adequadas para a devida execução da pena privativa de liberdade. Destaca-se ainda, os pensadores Jeremias Bentham pioneiro na divulgação de suas ideias, Paulo Von Feuerbach que publicou a primeira obra contemporânea do Direito Penal.

Seguido do pensamento humanístico, veio o Período Científico, também denominado de criminológico, caracterizado pelo notável conhecimento científico, começando no início do século XIX, por volta do ano de 1850 e se estendendo até aos dias atuais. Assim, a preocupação se volta pelo entendimento ao qual o indivíduo transgrida, e as razões deste comportamento delinquente.

Por fim, findo o século XVIII, por meio das ideias iluministas, aconteceu à percepção por parte da sociedade quanto aos atos bárbaros praticados em nome de deuses e dos representantes da lei. Assim, a sociedade almejou a liberdade individual frente ao arbítrio do judiciário e para a abolição da tortura como pena fundamentada nos sentimentos de compaixão, piedade e consideração à dignidade da pessoa humana.

Portanto, o iluminismo proporcionou o caminho da humanidade e do homem moderno, conscientizando assim, uma visão ética sobre o tratamento a ser dado aos delitos e as penas, construindo assim, um direito penal mais voltado à proteção dos indivíduos da sociedade, aos atos arbitrários do Estado, nascendo com isto, à dignidade da pessoa humana, princípio constitucional adotado na carta magna de 1988.

O Direito Penal é dividido, na história, por meio das escolas estabelecidas a cada período, a primeira, refere-se à Escola Clássica, baseada em ideias iluministas difundidas naquele período pelos filósofos, pensadores, escritores e doutrinadores.

Neste sentido, Basileu Garcia (1982, p. 29) explica:

A Escola Clássica compara a alma humana a uma balança, em cujos pratos estavam os motivos de nossas ações: à vontade, poderosa e decisiva, seria capaz de fazer subir o prato que apresentasse os motivos mais pesados, mesmo contra a lei da gravidade. No livre arbítrio está o fundamento da imputabilidade moral, que é por sua vez o fundamento da responsabilidade penal. Só se pode imputar delito a alguém, quando dotado de livre arbítrio, quando possua a liberdade de optar entre os motivos.

Esta Escola foi dividida ainda, em dois períodos, o primeiro o filosófico, idealizado por Cesare Beccaria e o jurídico, concebido por Francisco Carrara, o mais importante para o exame do direito contemporâneo.

A Escola Positiva é a corrente filosófica que teve o filósofo e pensador Augusto Comte como o seu precursor, e proclamava uma nova concepção do direito e do deito, portanto, para os defensores desta escola, o direito é o resultado da vida em sociedade e sujeito a alterações pelo tempo e espaço conforme a lei da evolução.

Este período foi destacado pelo pensamento do Médico italiano e Professor César Lombroso, que ponderava o crime como uma aparição da individualidade humana e da obra de inúmeras causas, uma vez que este examinou o criminoso sob a questão biológica.

Neste sentido, Magalhaes Noronha (2001, p. 38) elucida:

[...] Apontar como fundamentos e caracteres dessa escola os seguintes: a) método indutivo; b) O crime como fenômeno natural e social, oriundo de causas biológicas, físicas e sociais; c) A responsabilidade social como decorrência do determinismo e da periculosidade; d) A pena tendo por fim a defesa social e não a tutela jurídica”.

Magalhaes Noronha (2001, p. 35) esclarece o entendimento de Lombroso ao afirmar que:

[...] O Criminoso é um ser atávico, isto é, representa uma regressão ao homem primitivo ou selvagem. Ela já nasce delinquente, como outros nascem enfermos ou sábios. A causa dessa regressão é o processo, conhecido em Biologia como degeneração, isto é, parada de desenvolvimento.

Não Obstante, a Escola Positiva teve a sua maior figura na pessoa de Henrique Ferri, criador da Sociologia Criminal, discípulo de Lombroso, este pensador defendia a importância do Trinômio causal do crime, ou seja, o fator antropológico, físico e social, qualificou ainda, os delituosos em cinco categorias, o nato, louco, habitual, ocasional e passional.

Segundo o pensamento de Mirabete (2010, p. 22) sobre a terceira Escola:

Aproveitando as ideias de clássicos e positivistas, separava-se o Direito Penal das demais ciências Penais, contribuindo de certa forma, para a evolução dos dois estudos. Referiam-se os estudiosos a causalidade do crime e não a sua fatalidade, excluindo, portanto, o tipo criminal antropológico, e pregavam a reforma social como dever do Estado no combate ao crime.

A terceira Escola, denominada de Eclética possuía a finalidade de equilibrar os princípios das Escolas Clássicas e Positiva, ou seja, pelas duas anteriores a esta, e possuía como pensadores, os filósofos Von Liszt, Carnevale, Giuseppe Impalomeni e Bernardino Alimena.

## 1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Os princípios constitucionais são os responsáveis pela guarda dos valores fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, os princípios constitucionais sintetizam os valores fundamentais de todo sistema jurídico.

Assim, os princípios representam normas jurídicas diferente das leis, uma vez que estas descrevem os acontecimentos incertos e possuem o papel exclusivo de regulamentar direta ou indiretamente as relações jurídicas que se encaixem nos casos concretos.

Portanto, os princípios servem como limite da atuação do ordenamento jurídico, ou seja, as normas estabelecidas e aquelas que irão ser constituídas devem seguir os fundamentos gerais atribuídos aos princípios constitucionais, uma vez que estes servem como o condutor da interpretação da norma, mas também, para impor limites a vontade subjetiva do operador do direito.

Assim, os princípios fundamentais se encontram na Constituição Federal de 1988, em seus Artigos 1º ao 4º:

#### Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Neste sentido, os Princípios Constitucionais relacionados ao Direito Penal podem ser encontrados nos textos de lei de maneira expressa, de forma objetiva, ou de forma subjetiva. O Primeiro Princípio é o da Reserva Legal, que define que somente a lei representa a fonte

formal e imediata do Direito Penal, assim, somente por meio de lei pode criar as penas para combater e punir os crimes.

Em seguida, o Princípio da Anterioridade vem promulgado no Inciso XXXIX do Artigo 5º da Carta Magna, que define que: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Com isto, para se punir um determinado crime, deve existir uma lei reprovando a prática de determinada conduta.

Outro Princípio importante no Direito Penal é o da Alteridade Nucci (2008) explica que, para haver algum crime, a conduta criminosa deve prejudicar um terceiro indivíduo, ou seja, os efeitos do ato ilícito devem extrapolar a pessoa do agente condutor.

O Princípio da Confiança se mostra fundamental em crimes de trânsito uma vez que pressupõe que os motoristas, condutores e demais usuários, como por exemplo, pedestres, sigam e respeitem as regras de trânsito. Portanto, o Princípio da Confiança entende que todos aqueles que cumprem uma determinada lei dentro da sociedade, espera que os demais também o façam.

O Princípio da Adequação Social elucida que a conduta não pode ser considerada como criminosa mesmo está sendo tipificada como um crime e não confronte o anseio da justiça. Um exemplo claro deste princípio é o tatuador, uma vez que a tatuagem em si representa uma lesão corporal, mas aceita pela sociedade e consentida pelo usuário desta.

O Princípio da Intervenção Mínima diz que o Direito Penal deverá ser utilizado no litígio apenas quando esgotado outros ramos do direito e estes não conseguirem solucionar, ou seja, será excepcional o uso da norma penal, em casos realmente indispensáveis.

O Princípio da Proporcionalidade satisfaz o papel de servir de proteção a possíveis excessos, ou seja, evitar que um indivíduo seja punido mais do que necessário, para sua proteção e para o bem jurídico. Contudo, este princípio possui a finalidade de reduzir ou impedir a proteção deficiente ou ainda, insuficiente dos bens jurídicos, assim, resguarda menos do que o necessário.

O Princípio da Ofensividade dispõe que apenas haverá o crime quando a conduta do infrator for capaz de causar dano ao bem jurídico protegido ou ainda, causar perigo de lesão a terceiros.

Assim, também denominado de Princípio da Lesividade, uma vez que impede de punição as condutas não iniciadas previstas no Código Penal em seu artigo 31: “O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

Assim, em se tratando de proteção dos bens jurídicos, este também se torna um princípio basilar, uma vez que é do interesse da sociedade em geral o devido resguardo do bem jurídico.

Em seguida, existe no Direito Penal, o Princípio do *Ne Bis in Idem*, ou seja, a proibição de que um indivíduo seja duplamente punido pelo mesmo crime, logo, o Superior Tribunal de Justiça editou o texto da Súmula 241: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Na sequência, o Princípio da Responsabilidade Penal sobre o Fato, se relaciona com o Princípio da Ofensividade, uma vez que impõe ao Direito Penal a obrigação de se cuidar dos fatos praticados pelo agente criminoso e não com a sua pessoa, seu caráter ou condição pessoal e social.

Previsto na Constituição Federal, em seu inciso XLV do art. 5º, o Princípio da Intranscendência da Pena é o responsável pelo impedimento da pena ser passada para pessoas próximas ao preso, como por exemplo, aos familiares ou demais indivíduos:

Assim, conforme o Inciso XLV do Art. 5º da CF:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Igualmente ao anterior, o Princípio da Imputação Pessoal, também denominado de Responsabilidade Penal, evita que exista uma punição ao indivíduo que agiu sem a culpabilidade. Assim, conforme o artigo 19 do Código Penal: “Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

Por fim, o Princípio da Insignificância dispõe que o Magistrado não deve ter preocupações com condutas insignificantes, ou seja, comportamentos que não acarretem dano acentuado ao bem legal tutelado.

### 1.3. APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL

A aplicação da Lei Penal depende de todos os princípios legalmente instituídos pelas normas vigentes, assim, outro fator preponderante, a sua justa aplicação é a retroatividade da Lei Penal Benéfica, disposta no artigo 2º, caput do Código Penal.

Assim, o texto da Lei determina que “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. Neste mesmo entendimento, a Constituição Federal em seu artigo 5º, XL, dispõe que a lei apenas retroagirá para beneficiar o acusado.



Portanto, caso um indivíduo cometa uma infração ao Código Penal na vigência de uma determinada norma e passado algum tempo surja outra norma que deixe de tipificar a conduta criminosa, deverá ser considerado a nova lei, como se já estivesse em vigor, assim, o agente não poderá ser punido.

Assim, pelo entendimento do Artigo 2º do Código Penal, o entendimento será que a norma penal em sua regra, não poderá abranger os episódios já ocorridos, ou seja, não poderá retroagir e a norma penal mais benéfica poderá retroagir aos fatos decorridos.

O Artigo 3º do Código Penal dispõe sobre a Lei Excepcional, ou seja, da norma temporária, realizada para vigorar em períodos especiais, como, por exemplo, em tempos de guerra e calamidade, perdurando até findo o período excepcional. Assim, conforme o texto de lei, “A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”.

Logo no Artigo 4º do Código Penal apresenta o Tempo do Crime adotando o entendimento de que “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”. Neste sentido, a norma adota a teoria da atividade, ou seja, considera a prática do crime no exato momento da ação ou omissão, mesmo que o momento seja divergente do resultado.

Em seu Artigo 5º, o Código Penal, estabelece o Instituto da Territorialidade assim, a Lei Penal possui apenas a aplicação no território do Estado que a editou, não importando com isto, com a nacionalidade do sujeito ativo ou passivo. Assim, a lei nacional será aplicável aos fatos cometidos apenas em seu território, portanto, institui-se o Princípio da Territorialidade Absoluta.

Por sua vez, a exceção deste princípio, é a aplicação da norma estrangeira em casos de o país estabelecer tratado ou convenção internacional com o país de origem do sujeito passivo ou ativo da ação. Assim, será aplicada a Lei brasileira sem o prejuízo das convenções, regras e tratados do direito internacional ao delito provocado no território nacional.

Em seguida, o Artigo 6º do Código Penal, é apresentado o conceito de lugar do crime, ou seja, o lugar do crime é o próprio local da ação ou omissão, todavia, o local da produção ou resultado do crime se torna relevante, uma vez que, conforme o texto da lei: “considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”.

Na sequência, em seu artigo 7º, o Código Penal fornece o conceito de extraterritorialidade, que é a aplicabilidade da lei penal brasileira aos fatos criminosos ocorridos no exterior, instituindo assim, princípios norteadores, ou seja, o da nacionalidade

ativa, que permite a aplicação da lei nacional do autor do crime, qualquer que tenha sido o local do dolo.

Assim, outro princípio instituído é o da nacionalidade passiva, em que a lei nacional do autor do dolo poderá ser aplicada quando o fato for praticado contra o bem jurídico de seu Estado ou contra um indivíduo de sua nacionalidade. O Princípio da Defesa Real diz que prevalecerá a lei sobre o qual, a nacionalidade do bem jurídico lesado seja no local da infração ou da nacionalidade do agente do delito.

O Princípio da Justiça Universal dispõe que todo o Estado possui o direito de aplicar uma punição sobre qualquer crime, independente da nacionalidade do sujeito ativo ou passivo, além do local da infração, desde que o indivíduo esteja dentro de seu território.

Por fim, o Princípio da representação diz que a norma nacional será aplicável nos crimes cometidos no Estrangeiro, cujas exceções se iniciam em seu próprio art. 5º, ou seja, que sejam decorrentes de tratados e convenções aplicadas aos eventos ocorridos dentro do território nacional brasileiro.

Por sua vez, o artigo 8º estabelece que “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”. Logo, no art. 9º, estabelece que a sentença estrangeira possa ser homologada no Brasil ara: “I – obrigar o condenado a reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis” e “II – Sujeitá-lo a medida de segurança”.

Neste sentido, compete ao STF a homologação e apenas aceitável no momento em que a norma brasileira produzir os mesmos efeitos da norma estrangeira. Ainda, o parágrafo único do art. 9 decide que esta homologação dependa de algum pedido da parte interessada, na hipótese de reparação do dano.

Ainda, para todos os feitos, esta homologação poderá ser homologada na hipótese da existência de algum tratado de extradição com o país onde a autoridade judiciária emanou a sentença, mas, na falta deste tratado, poderá apresentar requisição do Ministro da Justiça.

No que diz respeito à contagem de prazos, sua metodologia está regulamentada pelo artigo 10 do Código Civil determinando assim, que o dia do começo da pena incluirá no conjunto do prazo. Portanto, mesmo se uma determinada pena começa a serem cumpridos às 23h30min, os trinta minutos restantes devem ser contados como o primeiro dia.

Portanto, o prazo penal se diferencia do prazo processual, uma vez que ele exclui o primeiro dia da contagem, segundo instituído no artigo 798, §1, do Código de Processo Penal. Logo, caso o réu seja intimado da sentença no dia 10 de abril, o prazo para recorrer se inicia somente no dia 11, caso este seja dia útil.

Os prazos são improrrogáveis, neste sentido, caso o prazo termine no sábado, domingo ou feriado, este será encerrado, diferente dos prazos processuais, uma vez que eles prorrogam até o primeiro dia útil subsequente. Meses e anos são contados a partir do calendário comum, não importando e o mês possua 30 ou 31 dias, ou que o ano seja bissexto ou não.

Por sua vez, caso o montante final da pena, provenientes das operações de diferentes fases da fixação não for um número inteiro, caberá ao juiz desprezar as frações de dias nas penas privativas de liberdade e de restritivas de direitos, caso seja pena de multa em pecúnia, caberá ao contador judicial realizar a atualização da multa.

Por fim, o artigo 12 dispõe sobre a Legislação Especial, estabelecendo as regras da parte geral do Código Penal, portanto, aplicam-se aos eventos confessados por norma especial caso esta não dispuser de maneira distinta. Deste modo, este artigo propõe a aplicação das normas gerais do direito penal à legislação especial, contanto que tal norma não trate o tema de forma distinta.

Assim, como exemplo é a aplicação do artigo de nº 14, II do Código Penal, se referindo à instituição da tentativa, uma vez que será aplicado aos crimes previstos pela norma especial, contudo, será vedado nas contravenções penais, uma vez que o artigo 4º, das Leis Contravenções Penais confessa a não punibilidade da tentativa do crime de contravenção.

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

No que se refere ao Código Penal antes de 1940, a sua parte geral provocava confusões quanto ao sistema de aplicação da pena privativa de liberdade, ou seja, se seria aplicado o sistema bifásico ou trifásico, visto que tais procedimentos não eram regulamentados de modo individualizado no antigo no sistema normativo.

Assim, em meados de 1984, houve a apresentação de duas teorias, sendo estas: bifásica ou trifásica. Tendo a teoria bifásica defendida por Roberto Lyra e trifásica pelo Nelson Hungria. Logo, a teoria que teve maior aceitação, bem como permanece em sua atualidade, é a do Nelson Hungria (trifásica).

O sistema trifásico, como o próprio nome informa, são 3 fases, sendo estas: a) pena-base, com análise do artigo 59 do Código Penal; b) circunstâncias judiciais (agravantes ou atenuantes) c) análises das causas de aumento (majorante) e causas de diminuição (minorantes).

A reforma do ano de 1984 consagrou o método Trifásico de aplicação da pena, por meio do artigo 68 do Código Penal, colocou fim a discussão doutrinária entre os dois métodos. Contudo, criou-se assim, uma nova problemática entre doutrinadores, ou seja, a possibilidade de aplicação da pena, em circunstâncias atenuantes e agravantes, que poderiam ser inferiores ao mínimo ou superiores ao máximo previsto na legislação.

Contudo, antes da reforma, ao se aplicar o sistema bifásico, estes limites mínimo ou máximo não poderiam ser extrapolados, uma vez que as circunstâncias atenuantes e agravantes eram avaliadas no momento da fixação da pena base.

Entretanto, na aplicação do sistema trifásico retratado no art. 68 do Código Penal, não existem exceção para a atenuação aquém ao mínimo legal, nem para o ônus da pena acima do máximo legal, visto que, ao contrário a disposição da doutrina estipulada por Roberto Lyra, as agravantes e as atenuantes não compõem a pena base.

Assim, as circunstâncias determinantes para a atenuação ou agravamento da pena encontram-se disposto nos artigos 61 a 65 do Código Penal:

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

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

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

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

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

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

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

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

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

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

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

l) em estado de embriaguez preordenada.

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

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

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

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

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

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco)

anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação,

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Circunstâncias atenuantes

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

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

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

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

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

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

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

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

Embora conforme previsão legal, o entendimento é que a pena jamais poderia ultrapassar os limite de máximo ou mínimo, o STJ por meio de entendimentos jurisprudenciais editou a Súmula 231 com a seguinte transcrição: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal”. (BRASIL, STF, 1999).

Neste sentido, os limites máximo e mínimo previstos no tipo penal deveriam ser respeitados apenas se o Código Penal brasileiro recepcionar o método bifásico de aplicação da pena, o que já foi rejeitado por meio do Art. 68. Assim, a Súmula 231, o entendimento é que no Brasil, foi adotado o sistema Bifásico ao invés do trifásico, expresso mediante Código Penal.

Portanto, o entendimento normativo promulga o uso de um sistema e o entendimento jurisprudencial aceita o sistema bifásico, ou seja, o entendimento sumular aceita o juízo extrapolar o limite mínimo fixado para o tipo penal, assim, a Súmula vai de encontro com o disposto do art. 68 do Código Penal, resultando em uma letra expirada.

## 2.2 A DOSIMETRIA DA PENA DE ACORDO COM A SÚMULA 231 DO STJ

A pena privativa de liberdade no Brasil é regulamentada pelo Código Penal e adotou o sistema Trifásico, para o cálculo da pena, assim, em seu artigo 68, o magistrado deverá, ao aplicar a pena e conforme as circunstâncias do delito e do agente, aplicar a pena base e em sequência, as agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de diminuição ou aumento da pena.

Assim, as circunstâncias são escritas no art. 59:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime,

bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

De tal modo, para a fixação da pena, juiz levará em consideração fatos do art. 59 que por sua vez são de caráter subjetivo, como, por exemplo, a conduta social, a culpabilidade, antecedentes, motivos do crime em si, a personalidade do réu, mas também, analisará circunstâncias objetivas, como, por exemplo, o comportamento da vítima e as consequências do crime.

Neste sentido, em se tratando de circunstâncias agravantes, estes são dispostos nos artigos 61 e 62 do Código Penal:

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

- I - a reincidência;
- II - ter o agente cometido o crime:
  - a) por motivo fútil ou torpe;
  - b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
  - c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
  - d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
  - e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
  - f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;
  - g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
  - h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;
  - i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
  - j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
  - l) em estado de embriaguez preordenada.

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

- I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
- II - coage ou induz outrem à execução material do crime;
- III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
- IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de Recompensa.

A reincidência é constatada quando a agente atenta em um novo delito, após a condenação com trânsito em julgado. Contudo, esta opção não ocorre entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a realização do novo delito houver transcorrido o período de tempo superior a cinco anos, segundo disposto no art. 64 do Código Penal.

O Crime por motivo fútil é qualificado como desproporcional a gravidade do fato, ou seja, o agente comete o crime por uma causa pequena. A pena pode ser agravada quando o

delito é cometido com a finalidade de facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunibilidade ou ainda, vantagem de outro crime.

Assim, este agravamento da pena evidencia a reprovabilidade dada ao agente que comete o crime com a intenção de proporcionar vantagem ao crime praticado. O emprego de veneno é o componente capaz de alcançar a vítima sem a sua percepção. A asfixia e a tortura são os meios que geram dor além do necessário para efetivação do delito.

O uso do explosivo ou fogo além de constituírem elementos desumanos, causa risco comum a distintas pessoas. Em crimes cometidos contra o cônjuge, ascendente ou descendente, precisará constar aos autos, a prova do parentesco, sem importar se representa o fruto de adoção ou fruto natural.

Considera-se ainda, como circunstância agravante, o indivíduo que pratica o crime com o abuso de poder ou da violação do dever, pertinente a função ou cargo exercido, como, por exemplo, servidores públicos em exercício da função, e ao ministério, como por exemplo, as atividades voltadas à religião ou profissional. O estado de embriagues preestabelecido, ou seja, embriaguez voluntária também agrava o delito cometido.

Neste sentido, o Doutrinador Nucci (2008, p. 451) explica:

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

Neste sentido, existem ainda, as circunstâncias agravantes empregadas no concurso de pessoas, previstas no artigo 62 do Código Penal. Portanto, a pena do chefe da organização criminosa será agravada, uma vez que ele faz parte da direção do bando. Caso haja coação, ou seja, obriga ou induz ao crime, a pena também será agravada.

Neste sentido, o indivíduo infrator que se aproveitar da situação de uma autoridade ou por saber que algum indivíduo seria punido e age com a intenção de instigar ou determinar a concretização do delito, também será agravado a pena. Enfim, o agente que executar o delito ou possua participação por meio de pagamento ou promessa de pagamento também sua pena será agravada, uma vez que evidencia a insensibilidade e a ausência de princípios morais básicos, configurando com isto, o motivo torpe, avaliado por Hungria (2019, p. 35) como “o motivo que mais vivamente ofende a moralidade média ou o sentimento ético-social comum”.

As circunstâncias atenuantes são divididas em subjetivas e objetivas, de aplicação imprescindível, buscando com isto, uma menor expressão da culpabilidade do agente no ato criminoso, logo, atenuando a pena. Assim, conforme o artigo 65 do Código Penal deverá ser analisado a circunstância relevante anterior ou posterior ao crime.

Portanto, são circunstâncias atenuantes, conforme a norma:

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

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

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

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

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

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

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

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

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

Poderá ser observada a benesse relacionada à idade do agente, no cálculo da prescrição, no art. 115 do CP, onde reduz o tempo de prescrição do crime, nos casos em que o acusado do delito, na data do ocorrido, possua idade menor que 21 anos ou maior que 70 anos, na data da sentença e, conforme o art. 77, § 2º do CP, na concessão do sursis, para os indivíduos que possuam mais de 70 anos.

As Causa de Aumento e diminuições da pena estão previstas na parte geral e especial do Código Penal e os seus valores sempre fixados mediante lei, portanto, diferente das circunstâncias atenuantes e agravantes uma vez que estas não têm o seu valor determinado mediante Lei.

Assim, o Concurso de Causas de aumento ou de diminuição prescreve o art. 68, parágrafo único do CP em que “pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”. Portanto, o Doutrinador Nucci (2008, p. 470-471) elucida que existe três disposições sobre a aplicação do aumento e diminuição da pena. O primeiro pondera que todas as causas, devem incidir na pena base.

A segunda disposição referente ao aumento e diminuição da pena base versa na ideia de que todas as causas incidem uma sobre as outras. Por fim, a terceira disposição refere-se à ideia de que todas as causas de acréscimo de pena advêm sobre a pena retirada da segunda etapa da dosimetria da pena e as causas de diminuição, advêm umas sobre as outras.

### 2.3. A PREJUDICIALIDADE AO RÉU NA APLICAÇÃO SUMULADA

O Processo Penal deverá ser norteado por meio da leitura constitucional, com a finalidade de proporcionar a maior efetivação das garantias dispostas na Constituição Federal de 1988, ou seja, por meio de um devido processo penal democrático.



O Doutrinador e Professor Aury Lopes Jr. (2022, p. 36) Elucida:

Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui a ação), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do Processo Penal Democrático se dá por meio da sua instrumentalidade constitucional. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar a for devidamente constituído a partir da Constituição.

Em sua primeira fase, o juiz deve analisar as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, fixando assim, a pena base. A segunda fase observa as incidências atenuantes ou agravantes dispostas nos artigos 61 a 64 do CP e por fim, o juiz examina a incidência das causas de aumento ou diminuição da pena e com isto, a pena definitiva.

Neste sentido, o texto constitucional não significa o instrumento do poder punitivo, mas sim, o poder de asseguarção das garantias individuais do sujeito, dentro do processo penal, por sua vez, o Código Penal é o dispositivo legal por meio do qual o Estado cria e puni ininterruptamente, as ações praticadas pelo indivíduo acusado de um delito.

O objetivo principal da edição da Súmula 231 do STF foi evitar que as circunstâncias atenuantes fossem aplicadas aos casos em que a pena base seria afixada no mínimo para o tipo classificado ao tipo penal. Todavia, no ato de vedar a redução da pena ao mínimo legal, na segunda etapa da dosimetria da pena, a Súmula prejudica o réu no caso concreto.

Um exemplo é a situação hipotética em que uma menor de 21 anos no tempo da ação, revela o furto, com a intenção de alimentar o seu filho, que se encontre desnutrido, assim, a autora deveria ter a sua pena atenuada por meio do dispositivo 65, III, a e d do Código Penal, ou seja, o crime foi cometido por motivo de relevante valor social, uma vez que seu filho estava passando fome, e a ré confessou o seu crime.

Igualmente, o segundo delito é marcado pelo delito de furto sem a presença de nenhuma circunstância legal, atenuante ou agravante. Assim, por meio da sentença penal condenatória, ambos usufruíram da pena base afixada no mínimo, todavia, o primeiro agente infrator, ou seja, a mãe que furtou para alimentar o seu filho, não foi beneficiada pelas três circunstâncias atenuantes devido à adesão do disposto na Súmula 231 do STJ.

O Termo Dosimetria procede do meio da medicina e significa dar a dose certa ao paciente, assim, no campo jurídico, significa dar ao réu à dose proporcional a conduta criminosa. Dito isto, a aplicação da Súmula 231 do STJ nega ao acusado do crime o devido direito de ser favorecido pelas circunstâncias atenuantes, ou seja, é negado o direito de aplicar a dosimetria da pena.

Assim, esta determinação de não dosar a pena se baseia na interpretação da jurisprudência oposta à norma, portanto, as decisões denominadas de *Contra legem*, mesmos

recorrentes na esfera jurídica, apenas são aceitas nos casos excepcionais, assim, jamais serão fundamento para a origem de uma nova Súmula.

Portanto, as decisões que ferem o ordenamento jurídico podem apenas serem permitidas quando a sujeição à norma trazer implicações inadequadas, Por sua vez, a Súmula compreende o entendimento contrário, uma vez que traz prejuízos a pena do réu.

Assim, conforme Greco (2006, p. 598):

Essa, infelizmente, tem sido a posição da maioria de nossos autores, que, numa interpretação *contra legem*, não permitem a redução da pena-base, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, se aquela tiver sido fixada em seu patamar mínimo. Dissemos que tal interpretação é contrária a lei porque o art. 65 não excepciona a sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal”.

Neste sentido, apenas será o réu beneficiado por alguma atenuante, em consequência das circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou seja, quando a pena base for fixada acima do mínimo legal.

Por sua vez, outra preocupação é a possibilidade do aumento da pena além do máximo legal, ao usar a Súmula 231 do STJ, contudo, esta inquietação é afastada devido à analogia *In Malam Partem*, ou seja, a norma penal precisa atender aos interesses do réu, imposto pelo sistema garantista.

### **3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ**

A Lei representa a única fonte formal de criação dos crimes e das penas e sua devida dosagem, logo, no Brasil a Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeros direitos e garantias fundamentais para a pessoa humana, em especial aos direitos humanos, concebendo com isto, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Este Princípio norteador do Direito representa o resultado do contemporâneo Estado Democrático de Direito e a sua fundamental função é a proteção da integridade física e psicológica da pessoa, assim, o Magistrado estabeleceu em seu ordenamento jurídico, penas inaplicáveis no direito do país.

Como exemplo, no art. 5º, XLVII, da Constituição Federal de 1988, a pena de morte, salvo em casos de guerra declarada, a pena de caráter perpétuo pena de trabalho forçado, penas de banimento e penas cruéis, como a tortura e o tratamento desumano e degradante.

Portanto, a pena privativa de liberdade representa a principal sanção penal aplicada pelo Estado ao sujeito praticante de um delito, mas o Estado deve satisfazer às garantias dos

cidadãos no ato do bom emprego da pena, um deles é o Princípio da Anterioridade, que determina que, para existir uma punição a um delito, deverá existir uma Lei prévia criminalizando o comportamento e dispondo sobre a sua pena.

Neste sentido, o Juiz em sua justa aplicação da pena privativa de liberdade deverá observar Princípio Constitucional da Individualização da Pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Carta Magna. Portanto, para uma ideal aplicação da individualização da pena, o juiz precisa observar a dosimetria da pena, pelo método trifásico.

A Súmula 231 foi julgada pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça na data de 22/09/1999, assim, em sua tese, foi apresentada “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Assim, este entendimento nasceu devido às circunstâncias atenuantes não agregarem o arcabouço do tipo penal. Ainda, não foi determinado, categoricamente, o percentual de redução da pena privativa de liberdade, uma vez que a aplicação da pena fora dos critérios jurídicos conceberia uma influência imprópria do Judiciário na função dos legisladores.

Portanto, segundo Luiz Regis Prado (2002, p. 113):

Em resumo: a lei formal e tão somente ela, é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo, do costume ou do argumento análogo *in malam partem* – exigência de lei escrita (*nulla poena sine lege scripta*)”.

Além disso, somente por meio de lei formal e em sentido estrito se pode legislar no Brasil na matéria penal, logo, não se admite o uso da analogia ou dos costumes para a criação ou agravo das penas. Portanto a Súmula afronta expressamente a disposição do art. 65 do Código Penal, tornando-a assim, ilegal.

Logo, por impor ao magistrado a utilização do sistema bifásico, a Súmula 231 do STF se torna ilegal, uma vez que esta extingue a segunda fase do processo dosimétrico, disposto no art. 68, do CP, ou seja, as incidências atenuantes ou agravantes dispostas nos artigos 61 a 64 do Código Penal.

Por fim, a prática da Súmula 231 do STF por parte dos Magistrados afronta o Princípio da Legalidade, uma vez que evita a incidência das atenuantes no curso do processo da dosimetria, violando com isto os art. 65 e 68 do dispositivo penal repressivo, o que será admissível tão somente pela lei em sentido estrito.

### 3.2. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE O ASSUNTO.

A interpretação jurisprudencial é o entendimento realizado pelos órgãos jurisdicionais não existindo assim força obrigacional, portanto, os magistrados transformam suas decisões por meio da lei tornando-a viva nos casos concretos.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Secretaria de Jurisprudência oferecem aos operadores do direito um banco de dados por meio do qual, podem pesquisar as Súmulas Anotadas, possibilitando com isto, a visualização dos enunciados sumulares do tribunal e trechos dos julgados de sua procedência, e de precedentes catalogados ao tema.

Neste sentido, as Súmulas representam o resumo de entendimentos materializados aos julgamentos do Tribunal e servem a de direção aos operadores do direito acerca das jurisprudências firmadas pelo STF, que ficou incumbido de unificar a interpretação das normas federais.

Assim, como Precedente, a Súmula 231 do STF, cita-se o REsp 146056:

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. Quanto à redução da pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal, unicamente com supedâneo em atenuantes, o recurso carece, igualmente, de suporte jurídico válido. A individualização da pena, evidentemente, não existe para deleite do magistrado. Ela é uma obrigação funcional, a ser exercida com critério jurídico pelo juiz e, simultaneamente, uma garantia do réu (v.g. art. 5º, inciso XLVI da carta Magna e arts. 381 e 387 do CPP) e da sociedade (v.g. arts. 381 e 387 do CPP). Esta, igualmente, vinculada ao princípio da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX da Lex Maxima). A nossa legislação fornece o critério mencionado na Lex Fundamental (a lei regular a individualização que deve ser respeitado e aplicado com a indispensável fundamentação concreta (cfr. Princípio da persuasão racional ou princípio do livre convencimento fundamentado, ex vi art. 93, inciso IX, 2ª parte da Lei Maior e arts 157, 381, 387 e 617 do CPP). Ninguém, em nenhum grau de jurisdição, pode, mormente através de paralogismos ou de silogismos destituídos de conteúdo jurídico, realizar a aplicação da pena privativa de liberdade de forma diversa daquela prevista na sistemática legal. O argumento crítico, de carga exclusivamente subjetiva, pessoal, ou, então, o pretense exercício de 'dikeologia' só acarretam, no fundo, neste tópico, imprevisibilidade, incerteza e injustiça. Uma coisa é exercer a função de aplicador do Direito, outra, em postura mistificadora, e querer identificar-se com ele (sobre o tema: Several Martins in 'Processo e Direito Processual', 2º volume, p. 180 e segts., Centelha, Coimbra, 1986). Em assim sendo, desde a elaboração do C. Penal de 40, passando pelas diversas alterações, até se atingir a modificação ampla realizada pela Lei n. 7.209/1984, nunca predominou - nem sequer mereceu destaque - o entendimento de que as agravantes e atenuantes (ao contrário das majorantes e minorantes) pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei. E isto, quer seja no sistema bifásico (de Roberto Lyra), quer seja no trifásico (de Nelson Hungria), agora imposto legalmente (v.g. as ensinanças de Hungria, A. Bruno e M. Noronha, por demais conhecidas). Como se vê, repetindo, dos arts. 59, 67 e 68 de C. Penal, a Lei n. 7.209/1984 impôs um critério de fixação da pena privativa de liberdade. Ele não pode, de forma alguma, ser negado sob pena de se tornarem, os referidos dispositivos, mero ornato do C. Penal. Trata-se de uma regulamentação genérica que não fere qualquer princípio ou norma superior e, portanto, inadmitte o circumvenire legam. Pela sistemática enfocada, a fixação da pena definitiva pode desdobrar-se em três etapas cuja sequência está evidenciada. A pena-base (e não ponto de partida) e obtida com as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP). A seguir, em segunda operação, devem incidir as agravantes e as atenuantes (ex vi arts 61 a 67 do CP), surgindo, daí a pena provisória. Esta só se torna definitiva ou final se não houver a

aplicação das denominadas causas legais, genéricas ou específicas, de aumento ou diminuição da pena (majorantes ou minorantes, ex vi art. 68 do CP). Como se vê, primo ictu oculi, até 'à vol d'oiseau', o critério é claro, a sua sequência evidente e os limites, nas duas primeiras operações, decorrem não só dos textos, mas até por uma questão de elementar lógica. Se assim, não fosse, inexistindo os parâmetros apontados, teríamos um sistema de ampla indeterminação que é incompatível com o princípio da reserva legal e possibilita constantes tratamentos infundadamente diferenciados. Mas, o CP, em seu art. 59, II, diz: 'dos limites previstos'. No art. 67, assevera: 'do limite indicado'. E, cumpre sublinhar, o sistema da indeterminação relativa (v.g.: Jair Leonardo Lopes in 'Curso de Direito Penal', PG., 2ª ed., RT, p. 231 e segts.; Damásio E. de Jesus in 'Direito Penal', vol. 1, PG, p. 579, 2ª ed., Saraiva; Heleno C. Fragoso in 'Lição de Direito Penal', PG., Forense, 1995, 25ª ed., p. 339; Álvaro Mayrink da Costa in 'Direito Penal', PG., vol. Tomo II, p. 539, Ed. Forense, 1991; L. Régis Prado & Cezar Roberto Bitencourt in 'Código Penal Anotado', RT, 1997, p. 327 e 334; Juarez Cirino dos Santos in 'Direito Penal. A nova Parte Geral.', p. 250, Ed. Forense, 1985; Mauricio Kuehne in 'Teoria e Prática da Aplicação da Pena', Jurua, p. 99, 1995 e Fernando Galvão in 'Aplicação da Pena', p. 124, Ed. Del Rey, 1995). A questão não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada. Primeiro qual seria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do CP, mormente se o estatuto repressivo indica, ainda, um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito? Segundo, admitindo-se, ad argumentandum, a redução almejada no recurso especial, qual seria o limite? A pena 'zero'? Vale lembrar que não foi adotada, entre nós, a discutível concepção unilateral na relação culpabilidade/pena (v., comparativamente, Nilo Batista in 'Introdução Crítica ao Direito Penal' e H. H. Jescheck, in 'Tratado de Derecho', 4ª ed., Granada, 1993, p. 384-386, apresentando a polémica na doutrina alienígena, em particular, envolvendo Roxin, Jakobs, A. Kaufmann e Achenbach). Terceiro, a alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados a mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, também, data venia, não é argumento SÚMULAS - PRECEDENTES RSSTJ, a. 5, (17): 227-264, março 2011 decisivo. A aplicação da pena não pode ser produto de 'competição' entre réus ou delinquentes. Caso contrário, na participação de somenos (art. 29 § 1º do CP), aí sim, absurdamente, teríamos, constantemente que aplicar a minorante, 'premiando' o co-réu que tivesse menor participação (o texto, todavia, só diz com a participação ínfima, cfr. ensinanças de René A. Dotti in 'Reforma Penal Brasileira', Ed. Forense, 1988, p. 98-99, e de Jair Leonardo Lopes, op. cit., p. 183). Por último, a expressão 'sempre atenuam' não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam desde que a pena base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as agravantes ('que sempre agravam a pena') pudessem levar a pena acima do limite máximo (o outro lado da ampla indeterminação). E, isto, como preleciona A. Silva Franco, é incompatível com o princípio da legalidade formal. 'O entendimento de que o legislador de 84 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que apenas, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação, o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria a mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos 'segundos códigos' do magistrado, Além disso, atribui-se as agravantes e as atenuantes, que são circunstâncias acidentais, relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica, porque, em relação a estes, o juiz está preso as balizas quantitativas determinadas em cada figura típica. Ademais, estabelecesse linha divisória inaceitável entre as circunstâncias legais, sem limites punitivos, e as causas de aumento e de diminuição, com limites determinados, emprestando-se aquelas uma importância maior do que a estas, o que não parece ser correto, nem ter sido a intenção do legislador. Por fim, a margem de deliberação demasiadamente ampla, deixada ao juiz, perturbaria o processo de individualização da pena que se pretendeu tornar, através do art. 68 do CP, o mais transparente possível e o mais livre de intercorrências subjetivas'. (A. Silva Franco in 'Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial', 6ª ed., 1997, RT, p. 1.072). (REsp 146056 RS, Rel.

Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/1997, DJ 10/11/1997).

Ainda, em seu escopo, a Súmula apresenta o seguinte REsp: “No Direito Brasileiro não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante. (REsp 49500 SP, Rel. Min. Assis Toledo, Quinta Turma, Julgado em 29/06/1994)”.

Outro entendimento que colaborou diretamente com a criação da Súmula foi o seguinte entendimento:

O SISTEMA ADOTADO PELO CÓDIGO PENAL IMPEDE QUE, ESTABELECIDAS AS 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. APENAS NA TERCEIRA FASE, QUANDO INCIDEM AS CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E DE AUMENTO, E QUE AQUELES LIMITES PODEM SER ULTRAPASSADOS (REsp 46182 DF, Rel. Ministro JESUS COSTA LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/1994, DJ 16/05/1994)

Em sentido de resguardar os Princípios Constitucionais da Pena, o Magistrado emitiu o seguinte entendimento:

"O PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA VISA A RESGUARDAR O DIREITO DE LIBERDADE. A COMINAÇÃO (IN ABSTRATO) NÃO SE FUNDE COM A APLICAÇÃO (IN CONCRETO). A ATENUANTE DISTINGUE-SE DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. A PRIMEIRA ENSEJA O JUIZ, NOS LIMITES DA COMINAÇÃO, REDUZIR A PENA-BASE. A REDUÇÃO, POIS, NÃO PODE TRANSPORTAR O MINIMO FIXADO NA LEI. A SEGUNDA, SIM, CONDUZ A GRAU MENOR PORQUE O LEGISLADOR AFETOU O QUANTUM DA COMINAÇÃO. (REsp 32344 PR, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/1993, DJ 17/05/1993).

Igualmente o Ministro Pedro Acioli Relatou em seu REsp:

“O PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA VISA A RESGUARDAR O DIREITO DE LIBERDADE. A COMINAÇÃO (IN ABSTRATO) NÃO SE CONFUNDE COM A APLICAÇÃO (IN CONCRETO). A ATENUANTE NÃO SE CONFUNDE COM A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. A PRIMEIRA ENSEJA O JUIZ, NOS LIMITES DA COMINAÇÃO, REDUZIR A PENA-BASE. A REDUÇÃO, POIS, NÃO PODE TRANSPORTAR O MINIMO FIXADO NA LEI. A SEGUNDA, SIM, CONDUZ A GRAU MENOR PORQUE O LEGISLADOR AFETOU O QUANTUM DA COMINAÇÃO.” (REsp 15691 PR, Rel. Ministro PEDRO ACIOLI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/1992, DJ 03/05/1993)

Por sua vez, caso a redução tenha sido aplicada por meio de equívoco, o precedente originário da Súmula 231 do STF é o REsp de nº 7.287:

"SE A REDUÇÃO DA PENA IMPORTOU EM FIXA-LA ABAIXO DO MINIMO LEGAL, POR FORÇA DE EQUIVOCADO CRITERIO NA ORDEM DE CONSIDERAÇÃO DE CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO E DE ATENUANTE, MERECE REFORMA A DECISÃO (REsp 7287 PR, Rel. Ministro WILLIAM PATTERSON, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/1991, DJ 06/05/1991).

Assim, o entendimento de que a pena nunca poderia extrapolar, os limites máximo e mínimo previstos na Lei Penal foram consolidados na Jurisprudência brasileira por meio da Súmula 231 do STF.

### 3.3. APLICABILIDADE NO CASO CONCRETO

A legislação ordinária disciplinou, em seu artigo 68, caput do Código Penal, depois da Reforma da Parte Geral em 1984, o método Trifásico da aplicação da pena privativa de liberdade, ou seja, a pena do agente delituoso será fixada levando em consideração as Circunstâncias Atenuantes, Agravantes e as Causas de diminuição e aumento da pena.

Assim, a lei deixa claro que a dosimetria da pena deve obedecer ao sistema trifásico, contudo, a Súmula 231 do STF possibilita a exclusão da segunda fase do processo de dosagem da pena ao réu, ou seja, exclui-se assim, as circunstâncias agravantes.

Além da Violação do Código Penal, o texto da Súmula 231 do STF viola o Princípio da Motivação das Decisões Judiciais, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, ao qual confronta o texto Sumular com a individualização da pena.

Neste sentido, o STF por meio de seu Relator, Ministro Carlos Ayres Britto apresentou o seguinte julgado:

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. DUPLA CONSIDERAÇÃO DA QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. Garantia constitucional que submete o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 2. O dever de motivação no trajeto da dosimetria da pena não passou despercebido à reforma penal de 1984. Tanto que a ele o legislador fez expressa referência na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, ao cuidar do sistema trifásico de aplicação da pena privativa de liberdade. 3. O Supremo Tribunal Federal circunscreve a legalidade da pena ao motivado exame judicial das circunstâncias do delito. Exame revelador de um exercício racional de fundamentação e ponderação dos efeitos éticos e sociais da sanção, embasado nas peculiaridades do caso concreto e no senso de realidade do órgão sentenciante. (...) (STF - HC: 106965 AC, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 19/04/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-190 DIVULG 03-10-2011 PUBLIC 04-10-2011).

Neste sentido, todas as etapas da fixação da pena demanda satisfatória fundamentação por meio do magistrado julgador, que admitirá a adequada individualização da

pena e permitir ao réu o exercício de sua ampla defesa e possibilita com isto, alguma das partes no processo impugnarem qualquer etapa de aplicação da reprimenda.

Portanto, o ato de individualização da pena, no que se refere à incidência das circunstâncias atenuantes torna-se incompleta, devido à aplicação da Súmula 231 do STF. Assim, a violação realizada pela Súmula ao princípio individualizador da pena também desobedece ao princípio da isonomia, uma vez que impedindo a redução abaixo do mínimo legal, prejudica a sua aplicação em casos concretos.

Logo, a individualização da pena privativa de liberdade consiste na forma, em matéria de Execução Penal, do princípio da humanidade decorrente do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, além do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos e do elemento essencial que permitirá a contenção das abusividades do poder punitivo.

## CONCLUSÃO

O presente artigo científico buscou realizar uma análise constitucional e infraconstitucional da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça e em decorrência, averiguar a sua aplicação no Direito Penal e o seu real impacto na Dosimetria da Pena.

O Código Penal Brasileiro adotou, por meio da reforma, o sistema trifásico para a dosimetria da pena, cumpre ressaltar que por meio da publicação da Súmula do STJ nº 231, foi determinado ao judiciário, que as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena abaixo do mínimo estipulado.

Por sua vez, ao aplicar ao texto da Súmula, existindo as circunstâncias atenuantes características da segunda fase do processo, o magistrado deve ignorar estes fatos da segunda fase passando, portanto, para a terceira fase. Assim, mesmo o sistema punitivo brasileiro ter adotado o sistema trifásico, com a adoção da Súmula, será adotado o método bifásico da aplicação da pena, portanto, excluindo a segunda etapa.

Assim, com a finalidade de buscar compreensão ao tema exposto, foi imprescindível entender o histórico do Direito Penal, a aplicação dos Princípios Constitucionais aplicáveis ao Direito Penal e a origem e os dispositivos prévios da Súmula 231 do STJ. Em sequência, foi abordado o entendimento da dosimetria da pena e como a Súmula aborda a dosagem desta.

Logo, foram abordadas as causas que podem prejudicar o réu na aplicação da Súmula, a inconstitucionalidade da mesma, ou seja, os dispositivos que a tornam ilegal perante o Código Penal. Assim, o presente trabalho buscou apresentar o entendimento



jurisprudencial sobre o tema, ou seja, os entendimentos dos magistrados que deram vida a Súmula e a devida aplicabilidade em um caso concreto.

De tal modo, por meio da abordagem do presente trabalho, foi possível evidenciar que a Súmula 231 pode prejudicar o réu, violando com isto, os princípios constitucionais e infraconstitucionais, portanto, deverá ser impraticável em se tratando de processos com o uso da dosimetria da pena.

Destarte, é perceptível a resistência ao uso da Súmula, por parte do Judiciário brasileiro, mesmo esta seja de matéria dos doutrinadores, como um entendimento do magistrado que merece ser cancelada devido a sua ilegalidade no campo do direito penal. Assim, a jurisprudência e súmulas dominadoras no Brasil acompanham equivocadamente a compreensão por parte dos magistrados da Súmula 231 do STJ.

Neste sentido, o presente trabalho buscou esclarecer a melhor forma da aplicação da pena privativa de liberdade sem extrair do réu, os seus direitos e garantias estabelecidos na Constituição Federal de 1988, ou seja, os seus direitos fundamentais garantidos pelo Estado. Portanto, ao aplicar a Súmula 231 do STJ, o Estado, por meio do Judiciário, irá violar os direitos e garantias individuais do réu, portanto afronta diretamente a dignidade da pessoa humana.

## A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 – STJ CONSEQUÊNCIA NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

### ABSTRACT

**Surianny Henrique Freitas Belo<sup>2</sup>**

This scientific article has the purpose of highlighting the regulations and principles established in the penal system, that is, the dosimetry of the custodial sentence sought with this, an analysis of the conditions, of the three-phase system of application of the sentence, according to article 68 of the Penal Code. In this sense, this article will demonstrate the proper use of the phases of the dosimetry of the penalty, through use in a specific case, through the relationship between the articles of the CP and the jurisprudential understandings of the magistrates in order to constitute the calculation of the penalty. That said, it will be addressed to judicial circumstances, such as aggravating, mitigating, the origins of the increase and decrease of the sentence, through the understanding of the wording of Precedent 231, published by the STJ, its unconstitutionality evidenced by the inconsistency, in the face of the principles constitutional principles established by the Federal Constitution, such as, for example, the correct application of the penalty through its individualization, with the objective of establishing a democratic process of law, through due process of law, the right of defense and the adversary system. In this sense, this article was built with the deductive method, through a bibliographic research of scholars on the subject, as well as norms and jurisprudence, in addition to the application of ABNT norms.

**Keywords:** Dosimetry; Feather; Penal Code; Summary 231.

---

<sup>2</sup> Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Acadêmico de Direito Surianny Henrique Freitas Belo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBITO JURÍDICO. **Evolução Histórica do Direito Penal e Escolas Penais**. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal-e-escolas-penais/#\\_ftnref3](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal-e-escolas-penais/#_ftnref3). Acessado em: 11 ago. 2022.

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As ter escolas penais**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo, 2017.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo Saraiva, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acessado em: 11 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acessado em: 12 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 31 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acessado em: 12 ago. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula 241**. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_18\\_capSumula241.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf). Acessado em: 12 ago. 2022.

BRASIL. **STF. REsp 146056. RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/522898>. Acessado em: 12 ago. 2022.

BRASIL. **STF, REsp 4.9500SP. Rel. Min. Assis Toledo**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/564778>. Acessado em: 12 ago. 2022.

BRASIL. **STF. REsp nº 15691 PR, Rel. Ministro Pedro Aciole**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/578548>. Acessado em: 12 ago. 2022.

BRASIL. **STF. REsp: 7287, PR, Rel. Min. William Patterson, Sexta Turma**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/594270>. Acessado em: 12 ago. 2022.

BRASIL. **STF. REsp: 32344 PR, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/577964>. Acessado em: 12 ago. 2022.

BRASIL. **STF. REsp. 46182 Ministro Rel. Jesus Costa Lima Quinta Turma**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/567180>. Acessado em: 12 ago. 2022.

BRASIL. STF, **Habeas Corpus nº 106.965/AC. Julgado em 19 de abril de 2011. Relator Ministro Ayres Britto.** Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627621/habeas-corpus-hc-106965-ac-stf/inteiro-teor-110026105>. Acessado em: 12 ago. 2022.

CONEGERO, Daniel. **O que é o Pentateuco? Quem Escreveu o Pentateuco?** Disponível em: <https://estiloadoracao.com/o-que-e-o-pentateuco/>. Acessado em: 21 out. 2022.

FROMM, Erich. **Anatomia da Destrutividade Humana.** Rio de Janeiro, Zahar, 1975.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal.** 6ª ed. Max, Limonard, São Paulo, 1982.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 6ª ed. Impetus, RJ, Niterói, 2006.

HUNGRIA, Nelson; DOFTI, Renê Ariel. **Comentários ao Código Penal. Vol. I Tomo I.** Ed. GZ, Rio de Janeiro, 2019.

JUS. **História do Direito Penal.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70560/historia-do-direito-penal>. Acessado em: 11 ago. 2022.

JUS. **A Constitucionalidade da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça frente ao princípio da individualidade da pena.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/92478/a-constitucionalidade-da-sumula-231-do-superior-tribunal-de-justica-frente-ao-principio-da-individualizacao-da-pena>. Acessado em: 11 ago. 2022.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral.** São Paulo, Atlas, 1998.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica.** 8ª ed., São Paulo, Saraiva JUR, 2022.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral.** 26ª edição, ver. E atual. São Paulo, Atlas, 2010.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal.** São Paulo Saraiva, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: Introdução e parte geral.** 36ª Ed. São Paulo Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Pena.** 4ª ed. São Paulo, Editora Revista dos tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, 3ª ed.** São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2002.