



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

MARCOS PAULO CESAR FONTES MOURA

**AS SÚMULAS 231 E 545 DO STJ E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA
PENA**

Salvador
2018

MARCOS PAULO CESAR FONTES MOURA

**AS SÚMULAS 231 E 545 DO STJ E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA
PENA**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito, como requisito parcial para obtenção do
grau de especialista em Ciências Criminais.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO**MARCOS PAULO CESAR FONTES MOURA****AS SÚMULAS 231 E 545 DO STJ E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA
PENA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de especialista
em Ciências Criminais, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

A
Deus, por minha vida, família e amigos.
Aos
meus pais, por todo amor, carinho e
apoio incondicional.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar o enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, quando da sua vedação à diminuição da pena, na segunda etapa relativo ao método trifásico de aplicação da pena, bem como o disposto na Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça, a qual, em sentido oposto, confere o direito de o réu obter uma atenuante em sua pena quando confessar o delito e for utilizada para o convencimento do julgador. Embora o legislador tenha sido expresso no tocante à obrigatoriedade de sua incidência, a maioria da doutrina e jurisprudência entende pela impossibilidade das circunstâncias atenuantes quantificarem a pena aquém do mínimo abstrato. Assim, inicialmente, almeja-se depreender a definição de pena e sua concepção histórica relativa à sua aplicabilidade e finalidade, bem como apontar os princípios que a norteiam, assinalando os seus respectivos conceitos e cominações práticas. Feita essa análise, primeiramente, proceder-se-á a análise da súmula 231, com vistas aos precedentes, aos argumentos favoráveis e desfavoráveis à sua manutenção, além dos efeitos decorrentes de seu advento e adesão. Sucessivamente, far-se-á uma breve análise da súmula 545, destacando os motivos da sua edição e a sua aplicabilidade em face do outro enunciado estudado no presente trabalho. Tal apreciação se faz essencial para que, assim, possa ser possível compreender se as decisões, com base na Súmula 231, representam sentenças justas e proporcionais. Por fim, a finalidade desta construção é cotejar a legalidade e a constitucionalidade do enunciado 231 do STJ e discutir sobre a sua incidência após o advento do enunciado 545 do STJ, dos quais também será abordada a necessidade de se dar maior importância às garantias constitucionais do réu, sobretudo a individualização da pena e isonomia, tidos como uns dos mais relevantes princípios do direito penal.

Palavras-chave: súmula; princípios; individualização da pena; isonomia; obrigatoriedade; STJ; legalidade; constitucionalidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CP	Código Penal
DJ	Diário de Justiça
CF/88	Constituição Federal da República
des.	Desembargador
HC	<i>Habeas Corpus</i>
ONU	Organização das Nações Unidas
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
p.	Página
TJ	Tribunal de Justiça
AgRg	Agravo Regimental
REsp	Recurso Especial
ACr	Apelação Criminal
Min	Ministro
Rel	Relator

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A PENA	10
2.1 CONCEITO	11
2.2 FINALIDADE DA PENA.....	13
3 DA APLICAÇÃO DA PENA	14
3.1 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DA PENA	15
3.1.1 Princípio da Legalidade	18
3.1.2 Princípio da Individualização da Pena	21
3.1.3 Princípio da Culpabilidade	24
3.1.4 Princípio da Proporcionalidade	27
3.1.5 Princípio da Intervenção Mínima	30
3.1.6 Princípio da Motivação das Decisões	31
3.1.7 Princípio da Humanidade	33
3.2 SISTEMAS PARA FIXAÇÃO DA PENA.....	35
3.2.1 Critério bifásico	35
3.2.2 Critério trifásico	37
3.3 CÁLCULO DA PENA.....	40
3.3.1 Pena-base	41
3.3.2 Circunstâncias atenuantes e agravantes	45
3.3.3 Causas de aumento e de diminuição da pena	47
4 A SÚMULA 231 DO STJ E O PRNCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	49

4.1 DEFINIÇÃO DA SÚMULA 231 DO STJ	49
4.2 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA QUANTO À SUA APLICABILIDADE	52
4.2.1 Dos argumentos favoráveis à sua manutenção	52
4.2.2 Dos argumentos contrários à sua manutenção.....	55
4.3 DEFINIÇÃO DA SÚMULA 545 DO STJ	64
4.4 PENA AQUÉM DO MÍNIMO – ARBITRARIEDADE JUDICIAL x GARANTISMO CONSTITUCIONAL.....	68
5 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS.....	76

1 INTRODUÇÃO

Editada em 1999 pelo Superior Tribunal de Justiça, a Súmula 231 é repleta de críticas desde o período em que surgira. Inúmeros são os casos em que os julgadores se obstam de aplicar as atenuantes as quais o acusado tem direito, somente pela existência da Súmula citada. Muitas vezes, aqueles sequer fundamentam concretamente a decisão, evidenciando uma afronta ao princípio da individualização da pena e ao princípio da motivação das decisões.

Contradiz-se o julgador que assevera, em Audiência de Instrução, os direitos do acusado como, por exemplo, confessar a participação no delito a fim de atenuar a sua pena e, ao sentenciar, exime-se de atribuir a respectiva atenuante, em razão de ter fixado a pena-base no mínimo, conquanto inexista qualquer impedimento legal.

Com efeito, a temática abordada precisa ser ainda mais debatida, haja vista que a discussão envolve tanto princípios constitucionais, quanto a legislação infraconstitucional, não sendo, ao contrário do que se imagina, um entendimento totalmente pacífico.

Desse modo, pela constante afronta às garantias constitucionais do réu, bem como a sua dignidade, em que pese possua o direito subjetivo a eventuais atenuantes de sua pena, é comumente prejudicado pela interpretação e utilização desenfreada da Súmula em questão, cuja eficácia traz consequências díspares e prejudiciais àquele imputado.

Por oportuno, verifica-se que os magistrados, embora reconheçam a presença de circunstâncias atenuantes, eximem-se de aplicá-las quando a pena-base já se encontra alicerçada no mínimo legal, justificando tal conduta, sem ao menos fundamentar, pela incidência e operante Súmula citada alhures.

Assim, por diversas vezes, deparamo-nos com a indagação se valeria a pena o réu prover de circunstâncias atenuantes, visto que, na maioria das vezes, não lhe será garantido a aplicação destas, pela simples e injustificável existência de uma Súmula que, embora não seja vinculante, funciona como se assim fosse.

Nesse sentido, a partir do momento que o julgador aplica a pena nas condições supramencionadas, infere-se que ele, além de relativizar a força normativa inerente aos princípios constitucionais, como a individualização da pena, isonomia,

proporcionalidade, culpabilidade e legalidade, também, por consequência, descumpre norma jurídica de substancial importância, tendo em vista que o legislador, expressamente, conferiu ao Acusado o direito subjetivo de ter sua pena atenuada quando houver, no caso concreto, hipóteses para tanto.

Com as inúmeras decisões de Tribunais pátrios acerca da impossibilidade de se fixar a pena aquém do mínimo abstrato, emergiu-se o interesse em aprofundar tal casuística por este tema específico e estudar as teses que fundamentam a legitimidade e a constitucionalidade da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, sem, entretanto, eximir-se de analisar os critérios utilizados para a aplicação da pena e suas respectivas fases, bem como os seus princípios atrelados e, ainda, as espécies de pena previstas em nosso ordenamento jurídico.

Paralelo a isso, a temática em comento ganha mais relevância com a recente Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça, a qual assegura uma atenuante à pena do Acusado quando a confissão do delito é utilizada para a formação do convencimento do julgador.

Dessa forma, à medida que estamos rotineiramente diante de casos nos quais o indivíduo é privado de uns de seus direitos fundamentais e pessoais, inerentes à sua condição de ser humano, como é o caso da liberdade e da individualização da pena, faz-se imprescindível uma análise aprofundada em relação as fases da aplicação da pena, sobretudo àquela relativa a definição da pena provisória, atinente ao modelo propiciado por Nelson Hungria, por ser o núcleo e objeto de extremadas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Nesta oportunidade, motiva-se o estudo supramencionado, porquanto a temática da dosimetria da pena sempre foi objeto de uma infinidade de discussões, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais. Não se observa no campo do Direito Penal um consenso muito grande acerca de uma série de questões que tangenciam a aplicação da pena ao condenado.

Nessa mesma linha, deve-se fomentar a discussão acerca das súmulas 231 e 545 do STJ, eis que a edição desta última remete uma ideia de revogação daquela ou, ainda, uma notória contradição do que é difundido pela primeira.

Desse modo, o presente trabalho pretende discutir a constitucionalidade e legalidade da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de modo que também será abordada

a sua Súmula 545, a fim de que seja dada maior importância às garantias constitucionais do réu, sobretudo a individualização da pena, comumente violada pelos aplicadores do Direito.

Ademais, almeja-se demonstrar as consequências decorrentes do advento e adesão das Súmulas em questão e a perspectiva doutrinária acerca do assunto, mediante análise de decisões judiciais, das quais serão elencados os fundamentos contra e a favor de sua manutenção.

Dito isso, convém tentar demonstrar o infundado conservadorismo presente em nossos Tribunais em relação a Súmula 231 do STJ, aos quais deixam de efetuar a incidência das circunstâncias atenuantes legais arroladas na Parte Geral do Código, conquanto sejam, de forma incontestada, comináveis à pena do condenado. Nessa linha, discutir-se-á a sua aplicabilidade, sobretudo após a edição da Súmula 545 do STJ.

Por derradeiro, a proposta metodológica utilizada nesta pesquisa tem o como escopo inicial depreender a definição de pena; apontar os princípios norteadores da aplicação da pena, tido como normas de otimização penais constitucionais, assinalando as suas respectivas definições e cominação prática; asseverar sobre a dosimetria da pena, juntamente com os critérios adotados em cada fase daquela; e, decerto, depreender acerca do conteúdo da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, os fatores que a originaram, os argumentos favoráveis e contrários à sua manutenção, notadamente após o advento da Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça, bem como aferir se a sua cominação de pena aquém do mínimo seria uma arbitrariedade judicial ou garantismo constitucional.

2 A PENA

Segundo Francesco Carrara¹, a palavra pena possui três definições distintas. A primeira, em sentido genérico, consiste na expressão de dor, ou seja, qualquer mal que provoca a dor. A segunda, em sentido mais específico, corresponde a um mal provocado por um feito, o qual representaria todas as penas naturais. Por fim, em

¹ CARRARA, Francesco. **Programa del Curso de Derecho Criminal**. v.1 Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 408.

sentido restrito, a pena corresponde ao mal que a autoridade estatal comina no indivíduo que cometeu um delito.

Diante disso, dentre os três sentidos ora expostos, é do interesse do Direito Penal que estudemos aquele relativo a conduta do indivíduo que enseja a atuação estatal.

A pena, segundo Roberto Lyra², é um meio para o fim do Estado, uma coação para o infrator que desafia a lei, de maneira que funciona como manutenção da força do Direito, ou seja, uma sujeição violenta do culpado ao Direito.

Entretanto, evidentemente, não obstante o Estado possua a prerrogativa de sancionar os seus respectivos infratores, necessariamente deve ser apenso a limites – e os limites justamente diferenciam a pena da agressão, da arbitrariedade e da vingança, ou seja, do próprio crime -, em respeito a diversos princípios previstos no ordenamento jurídico, bem como preconizado pela Constituição Federal.

É nesse sentido que Aníbal Bruno³ faz alusão a necessidade da Pena e os derradeiros meios tradicionais a serem modificados, de maneira que a ideia de pena retributiva fosse substituída pela pena de fim e, conseqüentemente, instaurasse uma defesa social contra o delito, cuja concepção está voltada para recuperação do criminoso e o seu reajuste às condições da vida em comum. Em melhores termos, a pena constituiria um mal necessário imposto pelo ordenamento jurídico ao delinquente, entretanto, proporcional à gravidade do delito provocado por aquele.

2.1 CONCEITO

A pena existe desde os primórdios da civilização. Consoante entendimento de Roberto Lyra⁴, o termo pena é oriundo do latim que, para alguns, adveio de *poena* (castigo, suplício) enquanto que, para outros, originou-se de *poendus* (peso). Há, todavia, aqueles que atribuem pena à palavra grega *ponos*, proveniente de trabalho e fadiga ou, ainda decorrente do sânscrito *punya*, interpretada como pureza e virtude.

² LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 31.

³ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte geral – Pena e medida de segurança**. t. 3. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 18.

⁴ LYRA, Roberto. *Op cit.* p. 11.

Hans Welzel, citado por Claudio Brandão⁵, entende que a pena é manifestada na forma pessoal e na forma estatal. No tocante a forma pessoal, insurge-se dois aspectos, os quais se referem ao *sentido da pena e impressão da pena*. Enquanto o primeiro está atrelado ao sujeito que a sofre, constituindo um mal proporcional à culpabilidade do agente, a impressão da pena não está adstrita a proporcionalidade da pena, mas na necessidade de o agente delituoso experimentar os efeitos da sanção, a fim de se obstar a prática de novos delitos. Em relação a forma estatal, o autor alhures compreende que a pena seria um instrumento imprescindível à manutenção do ordenamento jurídico.

Assim, percebe-se que a maioria dos doutrinadores, ao conceituar a pena, abordam uma definição com seus fundamentos e finalidades, indicando-a como uma sanção penal voltada à retribuição e prevenção de crimes.

De outro modo, há a autores, a exemplo de Lozano⁶, que se limitam a defini-la como

a consequência jurídica, característica do Direito Penal, consistente na privação ou restrição dos mais relevantes direitos individuais e que se impõe a uma pessoa física que tenha cometido ou participado do cometimento de um fato que a lei penal tipifique como um delito ou contravenção, e cuja responsabilidade criminal não tenha sido excluída pela ocorrência de alguma causa legal de justificação, exculpação ou absolvição.

De forma similar, Cuello Carlon, citado por Luiz Régis Prado⁷, entende que a pena seria a “privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal”.

Guilherme de Souza Nucci⁸ conceitua a pena como “uma sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção de novos crimes”.

Francesco Carrara, por sua vez, concebe a pena como um mal condizente com as leis do Estado aplicadas pelos magistrados àqueles considerados culpados pelo delito.

⁵ WELZEL, Hans *apud* BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 280

⁶ LOZADO *apud* NUCCI. Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.56.

⁷ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1. p. 512.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 337.

Assim, aplica-se um mal a quem é reconhecido como culpado, de modo que, se for imposta de forma arbitrária, será tido como uma mera vingança.⁹

Outrossim, Aníbal Bruno¹⁰ resume que a pena constitui uma sanção, com a consequente privação de determinados bens jurídicos, imposta pelo Estado a fim de abster a prática de um fato legalmente definido como crime.

Há quem enxergue a pena como um mal, uma vez que ela resulta na perda de bens jurídicos daquele que a lhe deu causa. Em melhores termos, a pena pode ser definida como a decorrência jurídica do delito, representada em um mal, aplicado pelo Estado.¹¹

2.2 FINALIDADE DA PENA

Na acepção de Francesco Carrara, a pena não possui a finalidade de se fazer justiça, de se vingar o ofendido, tampouco ressarcir o dano ocasionado nele, uma vez que estas são meras consequências da pena. Esta, na verdade, possui o escopo de promover o restabelecimento da ordem externa de uma sociedade.¹²

Segundo Flávio Augusto Monteiro de Barros¹³, a pena possui três finalidades, quais sejam, retributiva, preventiva e reeducativa. Nesse sentido, enquanto as duas primeiras estão atinentes, respectivamente, às fases de imposição e da execução da pena, a última está atrelada somente e exclusivamente na fase da execução, de modo que o apenado possa reingressar ao convívio social e, assim, evitar-se a prática de novos delitos.

Nessa mesma linha, há quem diga que a pena, preliminarmente, tem por fundamento e finalidade ratificar os valores impostos pela lei, tranquilizando o espírito da vítima, a

⁹ CARRARA, Francesco. **Programa del Curso de Derecho Criminal**. v.1 Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 431.

¹⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte geral – Pena e medida de segurança**. t. 3. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 22.

¹¹ BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 280.

¹² CARRARA, Francesco. *Op cit*, p. 438.

¹³ BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal – Parte Geral**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 449.

fim de que não regresse contra o delinquente, bem como à devida punição, de modo que previna, retribua e busque a ressocialização.¹⁴

3 DA APLICAÇÃO DA PENA

Em síntese, a aplicação da pena nada mais é do que um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, por meio do qual o juiz, com base nos patamares previamente instituídos por lei, estabelece a pena apropriada, tendo como o objetivo inferir a reprovação do delito praticado e obstar que novos delitos ocorram.¹⁵

Em outros termos, a pena deverá ser aplicada mediante sentença, na qual, em quantidade certa e condizente com os requisitos legais, impõe-se ao criminoso, em virtude deste ter praticado ou concorrido para a execução de algum delito.¹⁶

Assim, verifica-se que o juiz detém de discricionariedade relativa para quantificar e aplicar a pena, uma vez que, além de estar de acordo com os princípios que a norteia, também é necessário estar condizente com limites estabelecidos pela lei.

Nítido que há, portanto, uma ampliação da atividade discricionária do magistrado, sem que essa discricionariedade, no entanto, se confunda com arbitrariedade, tanto em razão da exigência de fundamentação da decisão exarada, quanto em razão da legislação realizada sobre a temática, que, por óbvio limita a atuação do juiz.

Diante disso, oportuno salientar que, por força do consagrado comando da individualização da pena, veda-se que o tipo penal estabeleça penas fixas. Desse modo, a lei penal brasileira não pode, por exemplo, instituir que ao tipo penal de homicídio seja cominada com quantidade fixa de quinze anos de reclusão.¹⁷

Logo, impôs-se ao legislador elaborar uma previsão geral, de maneira que o juiz, através de sua competência e dentro dos limites legais, fixe a pena para cada delito.¹⁸

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.58.

¹⁵ RODRIGUES *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 146.

¹⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal – Parte Geral**.9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 508.

¹⁷ BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 326.

¹⁸ *Ibidem, loc.cit.*

Com efeito, ao se discorrer sobre a aplicação da pena, mister salientar previamente sobre os princípios que a norteiam, tais como, o princípio da legalidade, o princípio da individualização da pena, da culpabilidade, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, da motivação das decisões e humanidade.

3.1 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DA PENA

Infere-se que os princípios jurídicos possuem duas acepções: uma que os define como mandamentos essenciais ou nucleares de um sistema; e outra, mais relacionada ao pós-positivismo, delimita-os como mandamentos de otimização, caracterizados por delinearem um estado de coisas desejável a ser realizado da melhor possível, em face dos quais a técnica de resolução de conflitos entre princípios é a mediação.

A outro tanto, Ruy Samuel Espíndola, citado por Claudio do Prado Amaral, salienta que a palavra princípio vislumbra uma definição, podendo ser discutida no sentido amplo e em sentido estrito. Em relação ao primeiro, depreende-se representar o início de algo. Todavia, na acepção mais restrita, denota-se a ideia de constituir um mandamento essencial de um sistema.¹⁹

Com efeito, ressalta-se que, numa concepção, determinados princípios podem ser muito específicos, a exemplo do princípio da insignificância, ao passo que, em outra, podem ser nuclear, de maneira que não seja possível efetuar ponderação, mas uma regra, similar a do “tudo ou nada”, a exemplo do princípio da legalidade em matéria penal.

Por conseguinte, os princípios, na ciência jurídica, denotam o início e a base do sistema normativo, uma vez que propiciam um pilar para a interpretação, integração, conhecimento, bem como um devido direito positivo.²⁰

Diante disso, importante transcrever a lição de Robert Alexy, quem define os princípios como:

Normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por

¹⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel *apud* AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios penais da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 33.

²⁰ NUCCI. Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

consequente, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.²¹

Assim, nota-se que os princípios são normas de elevada generalidade, as quais exprimem razões para juízos concretos de dever-ser, aplicáveis a diversas situações a fim de que se possibilite, portanto, interpretar normas de maior singularidade.²²

No Direito Penal, os princípios são indispensáveis para a harmonização do sistema, sobretudo à aplicação da pena, uma vez que sanam as eventuais dúvidas e contradições do magistrado e, conseqüentemente, preservam a dignidade da pessoa humana e, principalmente, evitam a ofensa ao ordenamento jurídico²³. Isto, pois, nota-se que o sistema coercitivo-penal traz consigo um fardo de elevada repressão, haja vista que é uma das áreas da ciência jurídica, senão a maior responsável por constranger os mais intrínsecos e relevantes bens jurídicos do indivíduo.

Por conseguinte, afirma-se que antes os princípios possuíam uma força meramente elucidativa, porquanto eram destinados quando da criação de enunciados normativos. Logo, até certo momento, não se reconhecia a força normativa aos princípios. Estes, assim, eram utilizados apenas com o condão de informar, subsidiariamente, o jurista acerca da solução do caso, restringindo-se, frequentemente, a um critério exclusivamente hermenêutico.²⁴

Com isso, salienta-se que os princípios deixaram de ser considerados meramente “orientadores” e, posteriormente, “subsidiários” – como depreende uma das técnicas de integração de lacunas – para, enfim, permanecerem em uma posição de centralidade, tal qual reconhecem a doutrina de inspiração pós-positivista.

Outrossim, José Antonio Paganella Boschi leciona a ideia de que os princípios podem funcionar como diretrizes ou norma²⁵. Na hipótese de serem diretrizes, ratificam seu exercício como auxílio para o intérprete analisar, extrair e aplicar as normas que

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

²² SAMPAIO, Alexandre dos Reis. **Súmula 231 do STJ: uma análise crítica**. 2014, p. 22. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 35.

²⁴ ARAÚJO, Fábio Roque. **O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, p. 137.

²⁵ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 28.

compõe o ordenamento jurídico. Em melhores termos, os princípios orientam o operador do direito na leitura dos textos, dando-lhe maiores critérios para que seja efetuada uma melhor análise sob a norma. De outro modo, ao se entender os princípios como normas, intrinsecamente revestidas de rigidez normativa, atuam concretamente como solução para o ordenamento jurídico.

Isto, pois, consoante salientado por Eduardo Novoa Monreal, citado por José Paganella Boschi, “o ordenamento jurídico apresenta déficits normativos ou contém regras antinômicas. É nesse espaço que, para a boa exegese e aplicação do direito positivado, o intérprete ou operador do direito precisar situar valores e princípios.”²⁶

Em suma, os princípios atuam como complemento aos códigos para a solução de um caso concreto, uma vez que, evidentemente, o ordenamento jurídico, sendo constituído por um elevado número de leis, submete-se constantemente a inovações legislativas que, além de imprecisas tecnicamente, muitas vezes são omissas ou ensejam conflitos com outras disposições normativas, razão pela qual impõe a necessidade de aplicá-los não somente para a interpretação e a extração dos sentidos, mas também para sanar eventuais divergências entre regras normativas e a ordem jurídica.²⁷

Assim, verifica-se que os princípios podem afastar, modificar ou provocar nova percepção às regras positivas. Nesse sentido, convém transcrever o exemplo suscitado por José Paganella Boschi:

Se o congresso, por exemplo, aprovasse uma lei permitindo a tortura nas investigações por crimes de terrorismo ou hediondos – essa lei seria inevitavelmente dada pelo Supremo Tribunal Federal como inconstitucional por esbarrar na força normativa (hierarquicamente superior) do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Lei Maior.²⁸

Logo, urge ressaltar a necessidade de os aplicadores da norma penal utilizarem os princípios como parâmetros e modelos, de modo que tenham o alcance mais amplo possível e, conseqüentemente, promoverem a tutela do maior volume de direitos e garantias admitidos.

²⁶ MOREAL, Eduardo Novo *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. *Op. cit.*

²⁷ *Ibidem, idem*, p. 32.

²⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 30.

Assim, oportuno salientar a relevância dos princípios para o Direito Penal, a exemplo do princípio da legalidade que, ao vedar a imposição de crime não previsto em lei, impede que o indivíduo seja, de forma arbitrária, destinatário da interveniência do poder repressivo estatal e, assim, seja submetido a mais grave das sanções.

3.1.1 Princípio da Legalidade

Previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Assim, infere-se que, formalmente, somente por lei em sentido estrito, proveniente do Poder Legislativo, o Estado poderá legislar sobre matéria penal e, portanto, estabelecer as infrações penais e cominar as suas respectivas sanções, razão pela qual se consideram inconstitucionais os atos legislativos que – desprovidos de status de lei – objetivam determinar crimes e prescrever penas, a exemplo da Medida Provisória, que vai de encontro à segurança jurídica preceituada pelo referido princípio.²⁹

Nessa toada, habitua-se enunciar o princípio da legalidade através da expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Preceituada por Feuerbach³⁰, depreende que a criação das normas incriminadoras e das suas respectivas sanções são formadas por matéria reservada ou atribuição restrita da lei.

De outro modo, discute-se na doutrina acerca dos fundamentos pelos quais regulam o princípio da legalidade. Para alguns, o referido princípio conta com três critérios: garantia dos cidadãos frente ao poder punitivo do Estado; a prevenção do delito; e, por último, a dignidade do homem ou a culpabilidade. Outros, entretanto, condicionam o princípio da legalidade a duas imposições, quais sejam, o critério da previsibilidade e de confiança de toda a intervenção estatal, bem como a noção de um poder punitivo estatal transparente.³¹

Claus Roxin, diametralmente oposto ao que fora dito em linhas atrás, fundamenta o princípio da legalidade em quatro vertentes: liberalismo político, a democracia e a

²⁹ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 10ª ed. Salvador: Saraiva, 2014, p. 76.

³⁰ FEUERBACH *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22.

³¹ AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios penais da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 87.

partição de poderes, prevenção geral e, por fim, o princípio da culpabilidade. A primeira remete aos movimentos revolucionários a fim de destacar que, na origem destas, vinculava-se os poderes do Executivo e Judicial à lei abstrata, tendo em vista a necessidade de se limitar a atuação arbitrária dos agentes políticos, de maneira que, assim, fosse possível coibir as indevidas afrontas do Estado à liberdade dos indivíduos. A segunda vertente, a democracia e a divisão de poderes, por sua vez, destaca-se em razão da imperiosidade dos pressupostos concernentes à aplicação da pena serem provenientes daqueles responsáveis por representar o povo, tendo em vista que a aplicação da pena criminal constitui, indubitavelmente, uma grave ingerência na autonomia do indivíduo. De outro modo, a terceira vertente, representada pela prevenção geral – caracterizado pela intimidação – somente seria auferida, no entender de Roxin, por meio de uma fixação de conduta proibida, estabelecida por lei. Destarte, a quarta vertente, representada pelo princípio da culpabilidade, refere-se ao mister do agente ter consciência do injusto relativa ao tipo penal, de modo que apenas será efetivada se somente se ele houver tido ciência do preceito penal.³²

Outrossim, Rogério Greco aduz que o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais, quais sejam, *lex praevia, scripta, stricta et certa*, ou seja, vedar a retroatividade da lei penal, coibir a criação de delitos e penas pelos costumes, reprimir o emprego de analogia para instituição de crimes, fundamentar ou majorar penas e, por fim, proibir incriminações vagas e indeterminadas.³³

O princípio da legalidade, disposto no art. 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988, alude que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No Código Penal, segundo disposto no art. 1º, “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”.

Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo assevera que somente haverá fato criminoso, bem como aplicação da pena criminal se, previamente, houver sido instituído, mediante lei, o tipo penal e a sanção respectiva.³⁴

³² AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios penais da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 89.

³³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte geral – V.1 – art. 1º a 120 do Código Penal**. 15ª ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 96.

³⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21.

Ato contínuo, como forma de ratificar a importância do princípio da legalidade para um ordenamento jurídico, leciona Cesare Beccaria:

sem a lei escrita uma sociedade jamais terá uma forma fixa de governo, onde a força seja um efeito do todo e não das partes e onde as leis, inalteráveis senão pela vontade geral, não se corrompam passando pela profusão dos interesses privados.³⁵

Ressalta-se que, conquanto a Constituição Federal aborde apenas crime e pena em seu dispositivo ora explanado, entende-se que o referido princípio também é aplicável às contravenções penais e as medidas de segurança. Logo, conclui-se que o princípio da legalidade é extensivo a toda e qualquer interferência penal que acarrete privação ou limitação a direito ou liberdade do indivíduo, inclusive medidas de segurança, por ser prejudicial ao condenado, tal como é prisão.³⁶

Com efeito, conforme dispõe o art. 22, inciso I, da Constituição Federal³⁷ somente a União tem competência para legislar sobre a matéria penal, motivo pelo qual é inadmissível que os Estados-membros, Municípios ou Distrito Federal promovam a criação de lei de conteúdo penal.

Dessa forma, o princípio da legalidade tem como escopo circunscrever a sanção penal a critérios delimitado por lei, repelindo, assim, o abuso e o arbítrio de quem quer que seja, sobretudo o magistrado, a quem lhe é atribuído a competência de aplicá-la.

Outrossim, há quem diga que o princípio da legalidade, no tocante a matéria penal, equivale-se à reserva legal, razão pela qual somente por meio da lei penal é que se pode configurar uma conduta como crime, bem como a pena decorrente deste.³⁸ Nessa linha, diz-se que o princípio da legalidade está baseado em dois outros princípios: a segurança jurídica e a democracia. O princípio da democracia tem como escopo determinar a legalidade como fonte do exercício da repressão penal. O princípio da segurança jurídica, por sua vez, concebe a legalidade como limite do exercício da repressão penal.

³⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 48.

³⁶ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 10ª ed. Salvador: Saraiva, 2014, p. 77.

³⁷ CONSTITUIÇÃO FEDERAL – Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

³⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 38.

Acerca da segurança jurídica, argumenta-se que as leis penais, em regra, não direcionam seus efeitos aos fatos cometidos anteriores à data de sua vigência, uma vez que, se assim fosse, jamais seria concretizada a segurança jurídica dita alhures. Assim, embora a irretroatividade constitua uma regra, excepcionalmente, possibilita-se que a lei penal seja aplicada aos fatos anteriores, quando benignas ao réu. Com isso, também é possível que haja a cessação imediata de seus efeitos por meio da extinção da punibilidade, a exemplo da *abolitio criminis*, ou da redução da quantidade e da qualidade de pena imposta proveniente de uma decisão autônoma do juízo de execução.

Similar ao exposto, insta ressaltar a hipótese da retroatividade mais benéfica que não tenha revogado o tipo penal, mas apenas reduzido a quantidade ou abrandado a qualidade da pena.³⁹

A comprovar o que foi dito acima, mister redigir o enunciado da Súmula 611 do STF: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação da lei penal mais benigna”.

3.1.2 Princípio da Individualização da Pena

Em sentido amplo, Guilherme de Souza Nucci define o termo individualizar como “tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a standardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto”.⁴⁰

Nesse sentido, a individualização da pena tem como finalidade propiciar uma justa e consentânea sanção penal, quanto ao *quantum*, ao perfil e as consequências pendentes sobre o sentenciado, de maneira que seja possível torna-lo único e diferente dos outros infratores, ainda que sejam co-autores ou co-réus.⁴¹

Em termos similares, depreende que individualizar a pena é torná-la concretizada, particularizada, enfim, devidamente adequada àquele que delinquir. Isto, pois,

³⁹BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.38.

⁴⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34.

⁴¹*Ibidem, loc. cit.*

nenhum crime é idêntico ao outro, ainda que eventualmente constitua o mesmo tipo incriminador, razão pela qual é imprescindível que haja uma valoração e aferição também dissonante em cada caso concreto.⁴²

Diante disso, faz-se expor a necessidade dos magistrados se atentarem ao afastamento de preconceitos, simpatias e emoções, de maneira que sua decisão seja conduzida por critérios objetivos.

Com efeito, o princípio da individualização da pena, portanto, compele o julgador a fixar a pena e executá-la de acordo com os parâmetros definidos em lei, motivo pelo qual aquela deve estar condizente com a lesão ao bem jurídico, ao tipo de delito, bem como à periculosidade do infrator.⁴³

Por conseguinte, depreende-se que a individualização consiste na atividade mais ampla da aplicação da pena, da qual, assim, possibilita-se determinar a quantidade certa, necessária e razoável para os fins da prevenção geral e repressão penal.⁴⁴

Por outro lado, Guilherme de Souza Nucci salienta que a individualização da pena pode ser efetuada de quatro maneiras:

a) Pena determinada em lei, sem margem de escolha ao juiz; b) pena totalmente indeterminada, permitindo ao juiz fixar o *quantum* que lhe aprovar; c) pena relativamente indeterminada, por vezes fixando somente o máximo, mas sem estabelecimento do mínimo, bem como quando se prevê mínimos e máximos flexíveis, adaptados ao condenado conforme sua própria atuação durante a execução penal; d) pena estabelecida em lei dentro de margens mínima e máxima, cabendo ao magistrado eleger o seu *quantum*. Este último é, sem dúvida, o mais adotado e bem afeiçoado ao Estado Democrático de Direito.⁴⁵

Outrossim, importa expor que a doutrina examina o princípio da individualização da pena sob enfoque de três fases: a legal, a judicial e a de execução. A legal, preceituada pelo legislador, individualiza a pena com base em critérios políticos, sociais e econômicos. Entretanto, não se pode olvidar que o legislador não possui ampla discricionariedade para tipificar ou aplicar as penas, sendo vedada a criação de leis descabidas, tendo em vista que a sua atuação política é influenciada pelo

⁴² QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 10ª ed. Salvador: Saraiva, 2014, p. 429.

⁴³ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1. p. 149.

⁴⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 55.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 35.

devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. A fase judicial, por sua vez, caracteriza-se pela individualização da pena em concreto, na qual, por meio do juiz competente e com base na quantidade mínima e máxima fixada pelo legislador, prolata-se uma sentença. Por fim, na fase de execução, o juiz competente da Vara de Execuções, limitado a sentença condenatória, responsabiliza-se pelo processo de execução da pena.⁴⁶

Corolário com o exposto acima, Molina Blasqu ez, citado por Guilherme de Souza Nucci, salienta que na fase legal, ao se conceber o tipo penal, o legislador necessariamente tem que fixar a pena mínima e máxima a fim de que seja razoável para a preven o e repressão do Direito Penal. A fase judicial, entretanto, corresponde a etapa em que o juiz, ao analisar a conduta incriminadora, estipula o *quantum* concreto ao agente. A fase de execu o, todavia,   a etapa na qual o magistrado, responsável pela execu o penal, determina o cumprimento particular e restrito da san o aplicada. Enfim, n  obstante dois réus recebam a mesma pena, a execu o destes pode ser efetuada de maneira distinta, com a progressão de regime ou concessão de livramento condicional em menor tempo, por exemplo.⁴⁷

Não menos importante, Luiz Luisi compreende que a primeira etapa da individualiza o da pena, atinente   lei, fixa regras a fim de permitir posteriores individualiza es, ou seja, o juiz deve se ater ao disposto na lei, mais especificamente art. 59 do Código Penal, para encontrar, em cada caso, a demarca o da pena definitiva e concreta. O segundo momento, por sua vez, consiste na individualiza o judiciária. Neste, n  obstante haja regras que orientem o magistrado, dar-se a este uma maior margem de discricionariedade. Destarte, o terceiro e último momento, está vinculado a diversos preceitos explícitos na Constitui o Federal de 1988, a exemplo dos incisos XLIX e XLVIII do art. 5º, os quais asseguram, respectivamente, o respeito   integridade física e moral dos presos e o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos condizentes com a natureza do delito, idade e o sexo do apenado.⁴⁸

⁴⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplica o**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 150.

⁴⁷ BLASQUEZ, Molina *apud* NUCCI. Guilherme de Souza. **Individualiza o da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36.

⁴⁸ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Pena – Composi o e Arte, 2003, p. 53 *et seq.*

Como forma de corroborar com o que fora dito em linhas atrás, Guilherme de Souza Nucci expõe o seguinte magistério:

A Lei 8.072 cometeu uma inconstitucionalidade, estabelecendo o regime fechado *integral* para autores de crimes hediondos e equiparados. Ora, vedou-se a progressão e, com isso, o processo natural de individualização executória. Em 2006, o Supremo Tribunal Federal proclamou inconstitucional essa medida, justamente por lesar o princípio da individualização da pena⁴⁹.

Em decorrência disso, conclui-se que, a depender da finalidade atribuída à pena nos três momentos, a aferição da pena variará substancialmente, haja vista que a dedução daquela é feita de acordo com seus fins, pois, somente a partir desta anterior apreciação, poder-se-á retratar o modelo mais adequado de determinação.⁵⁰

Por outro lado, tendo em vista a reiterada definição de individualização da pena, imperioso salientar que a determinação desta não atine somente a sua fixação, mas também a apuração de causas especiais de isenção de pena, a exemplo da concessão de perdão, bem como a cominação de medidas de segurança e, por conseguinte, os efeitos acessórios da eventual condenação.⁵¹

3.1.3 Princípio da Culpabilidade

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, ao discorrerem a respeito do princípio da culpabilidade, filiam-se a ideia atinente à capacidade do homem de autodeterminar-se. Assim, afirmam:

A culpabilidade somente pode ser edificada sobre a base antropológica da autodeterminação com capacidade do homem. Quando se suprime esta base, desaparece a culpabilidade, seja com a sua substituição pela periculosidade – como fazia o positivismo italiano – seja porque é reduzida a uma relação psicológica, que não é culpabilidade, e, sim, o aspecto interno do injusto. Em qualquer dos casos, a culpabilidade como tal desaparece. Por definição, “culpabilidade” é um conceito normativo, um juízo de reprovação que se formula ao autor. Em alemão, fala-se de *Schuld*, que é “culpabilidade” e “dívida”. Na própria etimologia do conceito há, claramente, uma ideia de normatividade, que não pode ser eliminada, salvo que se queira eliminar à

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 160.

⁵⁰ *Idem*. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36.

⁵¹ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 10ª ed. Salvador: Saraiva, 2014, p. 430.

própria culpabilidade, o que resultará num direito penal de periculosidade, que rejeitamos, e que não é seguido pela nossa legislação positiva.⁵²

Ademais, assim como o princípio da individualização da pena, o princípio da culpabilidade também é considerado imprescindível à ciência jurídica penal. Contudo, ao contrário do supramencionado, este é tratado implicitamente na Constituição Federal. Nesse sentido, aduz Luiz Regis Prado:

No direito brasileiro, encontra-se ele implicitamente agasalhado, em nível constitucional, no art. 1º, III (*dignidade da pessoa humana*), corroborado pelos artigos 4º, II (*prevalência dos direitos humanos*), 5º, *caput* (*inviolabilidade do direito à liberdade*), da Constituição da República Federativa do Brasil. Vincula-se, ainda, ao *princípio da igualdade* (art. 5º, *caput*, CF), que veda o mesmo tratamento ao culpável e ao inculpável.⁵³

Em breve dizeres, entende-se que a culpabilidade, no atual sistema aderido pelo nosso Código Penal, denota a ideia de repreensão ou reprimenda pelo fato praticado por pessoa maior de dezoito anos, livre e, principalmente, com a potencial consciência da ilicitude e capacidade para acatar aquilo disposto em lei.⁵⁴

Nessa toada, afirma-se, por derradeiro, que o agente será tido como culpável se, tendo ciência da reprovabilidade estabelecida na norma, ainda assim a viola. Enfim, pratica tal conduta, quando, concretamente, possuía a incumbência jurídica de agir de forma oposta, a qual, por conseqüente, dar-se ensejo aos três elementos representantes da culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.⁵⁵

Equivalente ao dito alhures, Guilherme de Souza Nucci depreende que o princípio da culpabilidade consiste no fundamento e restrição da pena, incorporando-se ao conceito de crime e não como mero pressuposto da pena. Por isto, a culpabilidade, se patente, viabiliza o critério de aplicação da pena, sendo o delito um fato típico e antijurídico, haja vista que o seu tipo penal é, indubitavelmente, delineado pela descrição de uma conduta, sucessiva de uma pena.⁵⁶

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 576, *et seq.*

⁵³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte geral – arts. 1.º a 120**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 175

⁵⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 53.

⁵⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 251.

Não menos importante, Rogério Greco conceitua o princípio da culpabilidade como aquele responsável por apreciar a reprovabilidade acerca da conduta típica e ilícita praticada pelo agente que, nas condições que se encontrava, poderia agir de outra forma.⁵⁷

Com base nisso, preconiza-se que o princípio da culpabilidade tem como escopo resguardar o indivíduo contra a responsabilidade criminal decorrente de condutas impassíveis de reprimenda – *versari in re illicita* –, repelindo, assim, a regra da responsabilidade objetiva do direito penal.⁵⁸

Arthur Kaufmann, citado por Gunther Jakobs, por sua vez, concebe o princípio da culpabilidade como um pressuposto imperativo à legitimação da pena estatal.⁵⁹

Ato contínuo, oportuno fazer a distinção entre culpabilidade formal e culpabilidade material. A culpabilidade formal constitui a censurabilidade adquirida pelo autor do delito, desde que seja imputável, tenha consciência potencial da ilicitude, bem como exigibilidade de conduta diversa. Em outros termos, a culpabilidade formal representa a procedência do legislador para instituir o tipo penal sancionador. A culpabilidade material, por sua vez, tem o escopo de fundamentar a pena, assessorando o julgador, de maneira que represente a censura efetivada concretamente àquele que, com consciência potencial do ilícito e voluntariamente, preferiu perpetrar um fato típico e antijurídico, desprovido de qualquer causa de isenção da culpabilidade.⁶⁰

Destarte, o professor Sebastian Melo, ao discorrer sobre o conceito material da culpabilidade, leciona que a dignidade da pessoa humana só é alcançada quando o responsável por sentenciar a pena, precedentemente, atém-se às circunstâncias peculiares do indivíduo no caso concreto e, por consequente, fundamenta a cominação e a eventual gradação.⁶¹

⁵⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte geral – V.1 – art. 1º a 120 do Código Penal**. 15ª ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 89.

⁵⁸ SILVA, Igor Luís Pereira e. **Princípios penais**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 247

⁵⁹ JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 13.

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 252.

⁶¹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade**. – Salvador: JusPodivm, 2010, p. 317.

3.1.4 Princípio da Proporcionalidade

Preliminarmente, fala-se que o princípio da proporcionalidade está situado na mais alta patente do ordenamento jurídico. Nesse sentido, Paulo Bonavides afirma que o referido mandamento de otimização assenta “à natureza e existência do Estado de Direito”.⁶²

Com efeito, faz-se expor a possibilidade do princípio da proporcionalidade ter advindo da Antiguidade por meio de Aristóteles, o qual, por meio de sua obra “Ética a Nicômaco”, afirmou que a “proporcionalidade não é uma propriedade apenas das quantidades numéricas e sim da quantidade em geral”.⁶³

Entretanto, depreende-se que a Lei de Talião representa a mais antiga ideia de proporcionalidade - encontrada em vários códigos morais e jurídicos da Antiguidade, e valorizada por filósofos do iluminismo como Kant-. Assim, embora aparente ser desumano aos olhos de hoje, consigna-se ter representado extremo avanço na civilização, haja vista que, previamente a ela, não se defendia o “olho por olho, dente por dente”, mas o “olho por olho” ou, muitas vezes, o “dente por olho”.

Por conseguinte, no que tange aos castigos, corriqueiramente perpetrados à época da Lei de Talião, interessante é o magistério de Beccaria, quem, por intermédio de sua obra *Dos Delitos e das Penas*, disse:

Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. Entre as penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao menos tempo, menos cruel no corpo do culpado.⁶⁴

Ademais, corolário com essa ideia de vedação ao excesso, mister transcrever o art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, segundo qual, “a lei não deve estabelecer outras penas que as estritas e necessárias”.

⁶² BONAVIDES, Paulo. **O Princípio Constitucional da Proporcionalidade e a Proteção dos Direitos Fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, vol. 34, 1994, p. 282, *et seq.*

⁶³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: UNB, 1999, p.96.

⁶⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 61, *et seq.*

Por conseguinte, não obstante seja proposto preferencialmente à contenção de excessos provenientes do Direito Administrativo, o princípio da proporcionalidade é tachado como “escudo de proteção dos direitos e das liberdades, em todas as áreas do direito”.⁶⁵

Nesse sentido, deve-se vincular a ideia de proporcionalidade com as noções atinentes à moderação, prudência, equidade e vedação ao excesso, justa medida, direito justo e valores afins.

No que tange a importância do Princípio da Proporcionalidade, impreterível é o magistério de Leonardo Massud:

O mito de encontrar uma certa correspondência entre as condutas e as penas transmite, de alguma maneira, um conforto ao espírito, que conhecendo os caminhos e as equações de castigos e recompensas, encontra um sentido para a vida e para a observância das regras. Essa sensação é claramente transmitida na ‘Divina Comédia’, mais precisamente no Inferno, de Dante Alighieri. Na obra, o poeta florentino constrói o Reino de Lucifer de tal forma que os pecadores, conforme a gravidade de suas faltas, seguindo a doutrina aristotélica, desçam cada vez mais a cratera, em direção ao centro da Terra, recebendo castigos cada vez piores.⁶⁶

Guilherme de Souza Nucci, similar ao restante da doutrina, denota que as penas devem ser condizentes com a gravidade da infração penal cometida, sendo repellido o exagero, bem como a extrema liberalidade na cominação das penas.⁶⁷

A outro tanto, ainda acerca do princípio da proporcionalidade em matéria penal, interessante é a tese defendida por Luciano Feldens, quem assevera a existência de uma “dupla face”, delimitada pela proibição do excesso e proibição de proteção deficiente, *in verbis*:

Trata-se, em todo o caso, de uma análise cujo foco analítico deve ser apontado para o direito ou interesse que *sofre* com a ação legislativa. Assim, sob a perspectiva da *proibição do excesso*, deve ser realizada em face do bem jurídico limitado pela norma penal incriminadora: em regra, mas não necessariamente, a liberdade, tudo a depender da sanção cominada – ou ao final aplicada – à infração penal (por vezes, apenas uma pena pecuniária). Todavia, sob a perspectiva da *proibição de proteção deficiente* modifica-se o ponto gravitacional. Haveremos então de analisar se uma eventual medida despenalizadora, nada obstante adequar-se ao fim desejado (a própria despenalização, a ensejar a maximização do nível de liberdade individual dos cidadãos em geral), não culmina por dissociar-se do imperativo de tutela que sobrepõe o direito fundamental à proteção do qual a lei penal incriminadora

⁶⁵ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 55.

⁶⁶ MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação**. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 89.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 24.

fora anteriormente estabelecida. Ou seja, o objeto do controle de constitucionalidade na proibição deficiente é uma abstenção legislativa ou uma norma legal que não protege o direito fundamental ou que o protege deficientemente, por não permitir sua realização na maior medida possível.⁶⁸

Não menos importante, Alberto Silva Franco aduz que o princípio da proporcionalidade vindica que o aplicador da lei faça uma ponderação sobre o bem lesionado com a conduta praticada, de modo que, sempre que houver uma instabilidade acentuada, enseja-se incabível desproporção.⁶⁹

Em outros termos, fala-se que o princípio da proporcionalidade repugna a instituição de penas desprovidas de relação valorativa com o fato ocorrido, motivo pelo qual, exige-se que o poder legislativo crie penas proporcionais à gravidade do delito. Situação semelhante é o que ocorre com o julgador, para quem se espera o respeito da proporcionalidade a fim de que a pena cominada, assim, seja adequada à sua efetiva e exata gravidade.

Dito isso, fala-se que, no plano abstrato, compete ao legislador visar almejar a notável proporcionalidade, enquanto que, no plano concreto, corrobora-se e se limita pelo art. 68 do Código Penal.⁷⁰

Relevante destacar que o princípio da proporcionalidade é composto por um critério trifásico, qual seja, adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito da medida, sendo imprescindível a apreciação destes três elementos para todo e qualquer caso.

De forma sucinta, define-se o critério da adequação como a aptidão do meio para o alcance de um fim desejado. Já no tocante a necessidade, afirma-se ser o meio menos gravoso empregado, dentre os meios acessíveis para a efetivação ou estímulo daquilo pretendido, de maneira que, evidentemente, cause menor ofensa a determinado direito fundamental. Por fim, a respeito do critério da proporcionalidade em sentido estrito, há quem assevere ser a colação entre os meios utilizados e os fins pretendido,

⁶⁸ FELDES, Luciano. **A constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 165.

⁶⁹ SILVA FRANCO, Alberto. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v.1, p. 67.

⁷⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte geral – V.1 – art. 1º a 120 do Código Penal**. 15ª ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 76.

de forma a se assegurar que a quantidade e qualidade da pena não ensejam mais desvantagens, do que as eventuais vantagens proporcionadas.⁷¹

3.1.5 Princípio da Intervenção Mínima

Considerada por muitos como decorrente do princípio da legalidade, entende-se que o princípio da intervenção mínima almeja, primordialmente, a proteção dos bens jurídicos, impondo ao legislador a necessidade de decidir com base em critérios justos e compreensíveis.

Com efeito, afirma-se que a missão do direito penal é assegurar que os bens jurídicos, tais como a vida, a liberdade, a saúde e a propriedade estejam resguardados diante de eventuais lesões ou potenciais situações de perigo, uma vez que são imprescindíveis à convivência humana.⁷²

Yuri Carneiro Coelho, igualmente ao ora aludido, aduz:

O princípio da intervenção mínima consigna que somente merecem proteção Penal os bens jurídicos fundamentais ao Estado Democrática de Direito, ou seja, não se inserem no rol dos bens jurídicos dignos de tutela Penal quaisquer bens jurídicos, apenas os de maior importância para a sociedade.⁷³

Não menos importante, Rogério Greco expõe que o princípio da intervenção mínima, além de indicar os bens jurídicos de maiores relevos para a atuação do Direito Penal, promove também a chamada descriminalização, uma vez que o legislador, com base na finalidade mencionada, passa a dar relevância a determinados bens que, no passado, não mereciam tal estima e, em razão das evidentes mutações da sociedade, passaram a ter.⁷⁴

À vista do exposto, Cezar Roberto Bitencourt depreende que o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, visa a orientar e restringir o poder sancionador do Estado, enfatizando que a inserção do tipo incriminador só

⁷¹ ARAÚJO, Fábio Roque. **O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, p. 148.

⁷² Cláudio do Prado. **Princípios penais da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 136.

⁷³ COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução ao direito penal**. Salvador: JusPodvim, 2009, p. 103.

⁷⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte geral – V.1 – art. 1º a 120 do Código Penal**. 15ª ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 47.

será legitimada se somente se constituir meio imprescindível para a prevenção de ataques contra bens jurídicos impreteríveis. Isto é, se outras formas sancionatórias, distintas da penal, mostrarem-se suficientes para a proteção de determinado bem jurídico, considerar-se-á inócua e errônea a sua criminalização.⁷⁵

Com base nisso, diversos penalistas passaram a criticar o advento propagado de leis, a exemplo de Francesco Carrara e a sua renomada obra “Um nuovo delitto”, o qual as qualificava de “nomorréia penal”.⁷⁶

O Princípio da Intervenção Mínima, portanto, impõe-se para obstar uma legislação inconveniente, bem como extinguir a arbitrariedade do legislador.⁷⁷ Em melhores termos, emana-se como um princípio preceptor à medida que restringe o poder inovador do direito penal. Isto é, a criminalização de um fato só é legitimada caso configure meio imprescindível para a proteção de um bem jurídico definido, do contrário, a aludida criminalização será tida como inadequada.⁷⁸

3.1.6 Princípio da Motivação das Decisões

Previsto expressamente no art. 93, IX, da Constituição Federal⁷⁹, o princípio em comento impõe que o julgador exponha com clareza os motivos que deu ensejo a sua decisão ou sentença. Diante disso, é importante ressaltar que a sua aplicação no Direito Penal não é remetida apenas para o caso de condenação, mas também para a hipótese de absolvição.

Todavia, há quem diga que o magistrado pode dispensar o fundamento da pena cominada se imposta em seu grau mínimo ou, de qualquer modo, quando for a mais branda possível para o condenado. Isto é, fala-se que, caso a pena seja estabelecida

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte geral**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

⁷⁶ CARRARA, Francesco *apud* LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Pena – Composição e Arte, 2003, p. 42.

⁷⁷ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Pena – Composição e Arte, 2003.

⁷⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁷⁹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL – art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

no patamar mínimo, implicitamente todos os requisitos para tal cominação estariam devidamente preenchidos e favoráveis ao acusado.

Com efeito, cumpre ressaltar o magistério arguido por Guilherme de Souza Nucci:

O réu, em tese, pode não ser prejudicado por tal postura, mas o sistema de individualização da pena, constitucionalmente idealizado, sem dúvida, cai por terra. Se ao magistrado cabe justificar a eleição feita do *quantum* da pena-base, bem como as razões existentes para aplicar ou afastar agravantes e atenuantes, causas de aumento ou diminuição, não vemos sentido em incentivar devam as sentenças padecer de falhas patentes de fundamentação. Não pode o órgão acusatório levantar em seu recurso os seus melhores argumentos se não sabe, precisamente, quais elementos levaram o julgador a aplicar a pena no mínimo legal, em especial quando essa escolha está equivocada, bastando confrontar com as provas dos autos.⁸⁰

Nessa esteira, na hipótese de haver, por exemplo, co-autoria ou participação, restará inconteste o prejuízo para um dos percussores do delito. Isto, pois, caso eventualmente o magistrado opte pela pena no mínimo legal, abstendo-se de fundamentar a sua posição, os corréus, dignos da pena mínima legal, são, indiretamente, iguais àqueles que, de acordo com a sua culpabilidade, demandam sanções mais relevantes, conforme assente o art. 29 do Código Penal.⁸¹

Por esta forma, forçoso concluir que o juiz, por força do princípio da individualização da pena, é obrigado a fundamentar as suas decisões, seja para estabelecê-la no mínimo legal, seja para fixá-la em escalas maiores, haja vista que, além de expor uma resposta à sociedade, entremostra e assegura a não equiparação de desiguais.⁸²

Frise-se, deste modo, que os sujeitos do processo têm o direito inarredável de compreender os motivos, as razões e as justificativas sobre os quais o magistrado concebeu a respectiva pena, visto que, do contrário, ensejaria um errôneo arbítrio ao julgador, o que é conflitante com qualquer República translúcida.⁸³

⁸⁰ NUCCI. Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.342.

⁸¹ NUCCI. Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 343.

⁸² *Ibidem*, loc. cit.

⁸³ *Ibidem*, loc. cit.

3.1.7 Princípio da Humanidade

Antes de tecer comentários acerca da definição do princípio da humanidade, impende registrar que, historicamente, diz-se que a noção de humanidade, como princípio, fez-se constante no século XVII, por meio da obra *De jure naturae et gentium* de Samuel Pufendorf. Isto, porque, falava-se que a sociedade harmoniosa se emanaria se somente se o indivíduo tratasse outrem da mesma forma que trata a si.⁸⁴

Com efeito, seguindo a esteira de Luiz Régis Prado, o princípio da humanidade se entremostra como a indicação garantidora de ordem material e limitativo do preceito penal, configurando-se, assim, como incontestável proteção à dignidade da pessoa humana.⁸⁵

Evidencia-se, assim, a relevância do princípio da humanidade, cujo um dos efeitos é restringir a concepção talional de proporcionalidade, pois impede, por exemplo, que seja cominada pena de tortura ao torturador, bem como a pena de morte ao homicida, salvo raríssimas exceções.

Nesse diapasão, há quem diga que o princípio da humanidade, adotado pela Constituição, visa a aplicação da pena mais benevolente, de maneira que seja assegurada o bem-estar de toda a coletividade, sobretudo dos apenados, que não podem ser eternamente penalizados, em respeito à ressocialização, reiteradamente objetivado pelo Direito Penal.⁸⁶

Nessa linha, há também aqueles que entendem que o princípio da humanidade está consagrado em diversos outros princípios da Constituição Federal, a exemplo do art. 5º, inciso XLIX, o qual disciplina a necessidade de se assegurar a integridade física, moral e respeito aos presos.⁸⁷

Oportuno registrar, assim, que o princípio em questão assume maior relevância no art. 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, tendo em vista a vedação à imposição da

⁸⁴ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte geral – arts. 1.º a 120.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 152.

⁸⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁸⁶ NUCCI. Guilherme de Souza. **Individualização da Pena.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

⁸⁷ Constituição Federal – Art. 5º, XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

pena de morte – excepcionalmente em caso de guerra declarada -; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e cruéis.

Nesse sentido, disposição semelhante é aquela prevista no art. 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸⁸, o qual estabelece que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”, não obstante, na prática, verifique-se o descaso nas penitenciárias, nas quais, efetivamente, tratam o custodiado de forma desumana.

Com efeito, deve-se trazer a lume o magistério de Paulo Queiroz, quando efetua a comparação entre pena cruel e o Regime Disciplinar Diferenciado. Nesse sentido, o referido doutrinador pondera:

Exemplo de pena cruel/degradante e, pois, inconstitucional, é o regime disciplinar diferenciado (Lei nº 10.792/2003), uma vez que, ao se admitir a possibilidade de isolamento do preso numa cela individual durante 360 dias, até o limite de um sexto da pena aplicada, vedando, em caráter quase absoluto, qualquer possibilidade de contato com o mundo exterior, subtraindo-lhe, assim, direitos básicos, como o direito ao trabalho, ao exercício de atividades profissionais, desportivas etc. (Lei nº 7.210/84, art. 41), o Estado acaba por tratá-lo como não pessoa (sujeito de direito) ou como um animal qualquer, submetendo-o a um sofrimento absolutamente desnecessário e desumano. Aliás, fosse outro o animal enjaulado e talvez se tornasse mais fácil perceber, nesse autêntico “zoológico humano”, quão evidentes são os maus-tratos a que essas pessoas/animais são submetidas por seus donos. Parece óbvio também que essa nova modalidade de tortura física e psicológica, sem finalidade educativa alguma, frustra claramente os fins a que se propõe a Lei de Execução Penal, que já em seu art. 1º proclama que “a execução penal tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”.

Por conseguinte, independente do crime e de sua gravidade perante a coletividade, o autor do ilícito penal não perde a sua posição de sujeito processual, motivo pela qual a pena eventualmente aplicada não pode ensejar-lhe o aniquilamento ou incapacitação.⁸⁹

Desse modo, à vista do que fora exposto, premente enfatizar a necessidade de o magistrado efetuar a individualização da pena, bem como executá-la, orientado e sempre compenetrado no sentido da humanidade, uma vez que, do contrário, as

⁸⁸ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights-/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html> Acesso em: 01 dez. 2015.

⁸⁹ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 10ª ed. Salvador: Saraiva, 2014, p. 89.

penas ficarão destituídas do intuito preventivo e ressocializador, tais como preconiza o Direito Penal.⁹⁰

3.2 SISTEMAS PARA FIXAÇÃO DA PENA

Discorrido acerca dos princípios constitucionais penais atinentes a aplicação da pena, cumpre tecer alguns comentários a respeito dos sistemas para fixação da pena.

Nesse sentido, premente registrar que o Código Penal de 1940 não determinava precisamente qual técnica deveria ser empregada pelo magistrado para a aplicação efetiva da pena, motivo pelo qual, o intérprete, por meio do art. 42 e 50, tinha a prerrogativa de optar por qual sistema utilizar, senão vejamos:

Art. 42 – Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, á intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I – determinar a pena aplicável, dentre as cominadas. II – fixar, dentro dos limites legais, a quantidade de pena provável.

Art. 50 – A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, em quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que se aplicaria se não existisse causa de aumento ou de diminuição.

Outrossim, os penalistas, para a quantificação da pena, dividiam-se em dois métodos, quais sejam, o método bifásico e método trifásico, propostos, respectivamente, por Roberto Lyra e Nelson Hungria.

3.2.1 Critério bifásico

No sistema bifásico, proposto por Roberto Lyra, há duas etapas a serem observadas pelo julgador: a primeira consiste na fixação da pena-base, mediante a aferição de circunstâncias judiciais e das agravantes e atenuantes, concomitantemente; a segunda, devem ser apreciadas as causas de aumento e de diminuição, gerais e especiais.

⁹⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 49.

Corroborando com o depreendido acima, mister transcrever a lição do renomado doutrinador:

A aplicação da pena completa-se em dois momentos: 1.º) o juiz deve inteirar-se da qualidade e da quantidade da pena cominada ao crime na Parte Especial do Código (determinação legal); 2.º) o juiz deve concretizá-la (determinação judicial). (...) Atendidas as situações dos arts. 44 e 48 (no caso de concurso de pessoas atua, também, o art. 45), o juiz estabelecerá a pena-base, sobre a qual incidirá o aumento ou a diminuição especificados, quer na Parte Geral, quer na Parte Especial (art. 50 e seus §§) e a diminuição prevista no art. 6.º. O art. 49 indica o caminho ascendente ou descendente e o juiz deve seguir, entre o máximo e mínimo específicos.⁹¹

Nessa vertente, o supracitado penalista salientava que, na determinação da pena-base, o magistrado, em um primeiro momento, deveria aferir as circunstâncias judiciais (atualmente previstas no art. 59 do Código Penal) e as circunstâncias agravantes e atenuantes (previstas nos arts. 61 a 67 do Código Penal). Estabelecida a pena-base, o julgador, em um segundo momento, incidiria os aumentos e as diminuições conforme às eventuais majorantes ou minorantes atinentes a Parte Geral, bem como a Parte Especial.⁹²

De forma similar leciona Gilberto Ferreira, segundo qual, o critério bifásico, defendido por Roberto Lyra, estabelecia que a fixação da pena deveria ser estabelecida com base em duas etapas. Enquanto na primeira o juiz aferia as circunstâncias judiciais e as legais, na segunda, o magistrado, após a fixação da pena-base, cominava o devido aumento ou diminuição se, eventualmente, houvesse causas de aumento ou causas de diminuição a recair no delito.⁹³

Em melhores termos, pelo critério bifásico, as circunstâncias atenuantes e agravantes deveriam ser analisadas de forma concorrente com as circunstâncias prevista no atual art. 59 do Código Penal, a fim de que, assim, fosse possível fixar a pena-base. Posterior a isso, o juiz cominava as causas de aumento e de diminuição.⁹⁴

⁹¹ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. II, p. 198, *et seq.*

⁹² BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 151.

⁹³ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.56.

⁹⁴ NUCCI. Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34

À vista do exposto em linhas acima, conclui-se que caso fosse adotado o critério proposto por Roberto Lyra, o magistrado, para instituir a pena-base, deveria analisar paralelamente o artigo 59 e os artigos 61 a 66 do Código Penal vigente.⁹⁵

De outro modo, em que pese o saber jurídico do referido doutrinador, mister transcrever a crítica lecionada por Flávio Augusto Monteiro de Barros:

A fixação da pena em somente duas fases, como pretendia Roberto Lyra, embutindo na pena-base, ao lado das circunstâncias judiciais, as agravantes e atenuantes genéricas, para só depois, num segundo momento, aplicar as causas de aumento e diminuição, afronta o citado art. 68 do CP, provocando a nulidade da sentença⁹⁶

Nesse diapasão, salienta-se que, antes mesmo da Reforma de 1984, a jurisprudência pátria deixou de acatar o método advogado por Roberto Lyra. Isto, pois, em 1943, o tema fora encaminhado à Conferência dos Desembargadores ocorrida no Rio de Janeiro e, após o devido debate, decidiu-se por afastá-la em favor do critério trifásico, preconizado por Nelson Hungria.⁹⁷

3.2.2 Critério trifásico

Devidamente consolidado quanto à sua adesão, o critério trifásico depreende que a pena será individualizada em três momentos distintos.

Com efeito, Nelson Hungria, ao advogar o método trifásico, depreendia que a determinação da pena seria concebida mediante a análise de três etapas. Em linhas gerais, no tocante a primeira etapa, cabia ao magistrado, com o devido arbítrio, reputar as circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal para que, assim, fixasse a pena-base. Sucessivamente, em uma segunda etapa, o mesmo magistrado teria que aferir a existência de alguma causa legal de atenuante e/ou agravante e, por consequente, efetuar as eventuais agravações e/ou atenuações. Por fim, na terceira etapa, o referido doutrinador advogava a tese de a pena provisória seria objeto da incidência de majorantes e minorantes.

⁹⁵ SAMPAIO, Alexandre dos Reis. **Súmula 231 do STJ: uma análise crítica**. 2014, p. 43. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito.

⁹⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: Parte Geral**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 511.

⁹⁷ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56

Similar ao exposto acima, premente registrar a lição de Flávio Augusto Monteiro de Barros a respeito do critério trifásico. Segundo ele, a primeira fase é a da fixação da pena-base, sendo esta estipulada dentre o mínimo e o máximo disposto no tipo penal, mediante a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal⁹⁸. A segunda fase, por sua vez, configura a composição das circunstâncias agravantes e atenuantes, que se caracterizam por não possuírem quantidade determinada legalmente e estarem previstas na Parte Geral do Código Penal, precisamente entre os artigos 61 a 66. A terceira e última fase, depreende a aplicação das causas de aumento e de diminuição de pena, previstas tanto na Parte Geral, quanto na Parte Especial.⁹⁹

Com o intuito de comprovar a adesão ao sistema trifásico, convém citar a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal:

51. [...] O projeto opta claramente pelo critério das três faces, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no art. 5; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria(...)

Nessa esteira, evidencia-se o posicionamento acima com o disposto no art. 68 do Código Penal, segundo qual, “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”¹⁰⁰

⁹⁸ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências 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.

⁹⁹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal – Parte Geral**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 328.

¹⁰⁰ Nesse sentido é a jurisprudência do STF: Pena. Método Trifásico. A teor da jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal, o método trifásico foi introduzido pela reforma do Código Penal levada a efeito com a Lei 7.209/84. O artigo 68 tomou nova redação, impondo-se a fixação da pena-base mediante o atendimento das circunstâncias judiciais de que cuida o artigo 59, para, a seguir, serem consideradas as atenuantes e agravantes e, numa terceira etapa, as causas de diminuição e aumento de pena. (2ª T., HC nº 69.421, de 30.6.92, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, de 28.8.92, p. 13.455)

Restando de sobejo comprovada a adesão do Código Penal ao critério trifásico, sublinhe-se as quatro razões elencadas por José Duarte pelas quais o referido método é, indubitavelmente, superior àquele recomendado por Roberto Lyra:

a) Porque ele exige um ponto de referência, ou seja, um *quantum* certo de pena, para que se proceda à agravação ou à atenuação resultante, obrigatoriamente, das circunstâncias legais; b) porque ele não autoriza o juiz a contrapor as circunstâncias judiciais às circunstâncias legais, de modo que estas possam ser neutralizadas ou superadas por aquelas (podendo ensejar pena no mínimo, ainda que existisse uma agravante obrigatória); c) porque as circunstâncias judiciais existem sempre, ao passo que as legais têm caráter excepcional, representando um *plus* ou *minus* em relação aos casos comuns, e, assim, devendo importar um *quantum* de pena a ser somado ou subtraído à pena que deveria ser aplicada aos casos comuns; d) porque antes de serem medida do *quantum* de agravação ou de atenuação, as circunstâncias judiciais são um critério geral de mensuração da pena em relação ao crime considerado substancialmente ou nos limites de sua definição geral.¹⁰¹

Outrossim, insta consignar o magistério de Gilberto Ferreira, segundo qual, não obstante o Código Penal adote o método trifásico, o procedimento da aplicação da pena compreende, ao menos, oito etapas, a seguir elencadas:

1 – escolha da pena a ser aplicada quando houver cominação alternativa de mais de uma; 2 – análise das circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base (CP, arts. 59 e 68); 3 – análise das circunstâncias legais (agravantes e atenuantes – art. 68, segunda parte; e arts. 61, 62 e 65), para fixação da pena provisória; 4 – análise das causas de aumento e de diminuição da pena, previstas na Partes Geral e Especial, para fixação da pena definitiva; 5 – fixação do regime inicial de cumprimento da pena (fechado, semiaberto ou aberto); 6 – substituição por pena restritiva de direito, quando cabível; 7 – concessão de *sursis* (CP, art. 77), quando cabível; 8 – fundamentação dos efeitos da condenação referidos no art. 92 do Código.¹⁰²

Destarte, adota-se, neste trabalho, o entendimento de que o método trifásico seja o mais condizente aos sujeitos processuais da persecução penal, haja vista que, havendo a devida diferenciação em três fases distintas, com a impreterível fundamentação para cada uma delas, a fixação da sanção penal, ao menos na teoria, torna-se mais clara e sucinta.

¹⁰¹ DUARTE, José *apud* BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 152.

¹⁰² FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 59, *et seq.*

3.3 CÁLCULO DA PENA

Conforme já exposto em linhas atrás, o cálculo da pena, segundo o método trifásico, é feito mediante a análise de três fases distintas. Na primeira fase, o juiz, baseando-se nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, fixa a pena-base. Sucessivamente, na segunda fase, o magistrado comina as circunstâncias legais atenuantes ou agravantes disciplinadas nos arts. 61 a 66 do Código Penal. Por fim, na terceira e última fase, compete ao juiz, concretamente, apor as causas de diminuição e de aumento dispostas na Parte Geral e Especial.

3.3.1 Pena-base

Discorrido de forma genérica as fases da aplicação da pena, cumpre salientar o método e a maneira pela qual é fixada a pena-base, atinente a primeira fase do cálculo da pena.

Com efeito, Guilherme de Souza Nucci, sucintamente, conceitua a pena base como “a primeira escolha do juiz no processo de fixação da pena, sobre a qual incidirão as agravantes e atenuantes e, em seguida, as causas de aumento e diminuição”.¹⁰³

Assim como o exposto acima, José Duarte, citado por José Paganella Boschi, é preciso ao afirmar que a pena-base, malgrado não esteja conceituada pelo nosso Código Penal vigente – diferentemente do Código Penal de 1969 -, é depreendida como “o ponto de partida de uma operação, unidade sobre que assentam ulteriores acréscimos ou diminuições”.

Ademais, o magistrado, por meio da faixa variável entre o mínimo e o máximo previstos no tipo penal, bem como nas circunstâncias judiciais devidamente elencadas no art. 59 do Código Penal¹⁰⁴, elege o *quantum* inicial da pena provisória.

¹⁰³ NUCCI. Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 163.

¹⁰⁴ Código Penal - Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências 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,

Nesse sentido, segundo a melhor interpretação do dispositivo supracitado, o juiz estabelecerá a pena-base mediante a análise da culpabilidade do agente infrator, os seus antecedentes, à conduta social, à personalidade, às circunstâncias, às consequências do crime e ao comportamento da vítima, os quais, consoante preconizado pela doutrina e jurisprudência, constituem a chamada circunstâncias judiciais.¹⁰⁵

No que diz respeito a culpabilidade, imperioso salientar que, quando relativo a fixação da pena, deve ser considerada em sentido amplo, ou seja, a reprovação social decorrente da conduta e do delito perpetrado pelo agente.¹⁰⁶

Não menos importante, Cezar Roberto Bitencourt define a culpabilidade como “elemento de determinação ou de medição da pena”, na qual o julgador, mediante a análise de maior ou menor reprovabilidade da conduta do agente, a utiliza como elemento a fundamentar a pena eventualmente cominada.¹⁰⁷

Por conseguinte, em relação aos antecedentes, há quem os definam como “fatos passado da conduta do condenado dignos de nota, e, pois, merecedores de apreciação na sentença, seja para aprová-la, seja para reprová-la”.¹⁰⁸

Na mesma seara, Claudio Brandão conceitua os antecedentes como os fatos atinentes a vida pregressa do agente, mas no tocante apenas ao objeto de interesse do Direito Penal, pois, do contrário, constituiria uma conduta social, que corresponde a outra circunstância judicial.¹⁰⁹

Nessa esteira, não se pode descurar que, conforme preconizado pelo princípio da presunção de inocência, ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, motivo pelo qual, veda-se que os

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.

¹⁰⁵ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 160.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 171.

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte geral**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 769.

¹⁰⁸ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 10ª ed. Salvador: Saraiva, 2014, p. 455.

¹⁰⁹ BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 376.

inquéritos policiais e processos penais em curso ou arquivados, bem como condenações em grau de recurso, impliquem em maus antecedentes.¹¹⁰

Em decorrência disso, a análise da circunstância judicial relativa aos antecedentes somente pode ser realizada com base nas sentenças penais condenatórias transitadas em julgado.

Outrossim, cumpre salientar que, a respeito da conduta social, há quem a defina como o “atuar da pessoa na vida cotidiana”.¹¹¹

A complementar o entendimento supracitado, Guilherme de Souza Nucci a compreende como a conduta do acusado perante a comunidade, incluindo-se o contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, enfim, a sua inserção social. Em melhores termos, é indispensável que o magistrado conheça aquele que está sendo julgado, para que, assim, seja possível aferir se o indivíduo merece uma repreensão maior ou menor.¹¹²

Nessa linha, cumpre transcrever o polêmico exemplo de José Paganella Boschi:

O indivíduo com larga folha corrida, por exemplo, seguramente não será considerado *bem inserido* na sociedade pela imensa maioria das pessoas honestas e trabalhadoras, que vivem dentro e não à margem da lei, nem será qualificado como alguém de personalidade bem estruturada, com um superego capaz de controlar os impulsos do ego, segundo o *padrão social* de normalidade.¹¹³

Neste raciocínio, salienta-se que a análise da conduta social deve ser efetuada em relação à sociedade na qual o sujeito esteja inserido, e não em relação à “sociedade formal” dos homens considerados “de bem”.¹¹⁴

Por sua vez, em relação a personalidade do agente, Cezar Roberto Bitencourt a conceitua como “síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo”, de maneira que, em sua análise, mister que se avalie “a sua boa ou má índole, sua maior ou

¹¹⁰ Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

¹¹¹ BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 377.

¹¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 182.

¹¹³ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 169.

¹¹⁴ *ibidem*, p.170.

menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu”.¹¹⁵

De outro modo, Rogério Greco aduz que o magistrado não possui a capacidade técnica devida para a análise de personalidade do indivíduo, mas somente os profissionais de saúde, tais como psicólogos, psiquiatras, terapeutas, dentre outros.¹¹⁶

De igual forma entende Salo de Carvalho, quem critica a análise da personalidade efetuada pelo julgador, por constituir uma “brutal heresia científica” e, além disso, conclui seu raciocínio com o seguinte magistério:

Nota-se, dessa forma, que a noção de personalidade do acusado normalmente auferida pelos magistrados padece de profunda anemia significativa, conformando o substrato de decisões infundadas, sem o mínimo controle técnico, ferindo, pois, o princípio da ampla defesa e da estrita jurisdicionalidade.¹¹⁷

Com efeito, insta consignar que não menos importante que a personalidade do agente é, indubitavelmente, os motivos que deram ensejo a prática do crime. Isto é, as razões que deram origem a vontade de delinquir. Nesse diapasão, cumpre registrar que o Código Penal, por meio de qualificadoras, valora os motivos pelos quais o agente cometeu o delito. Assim, quando isso ocorrer, o magistrado não poderá considerá-lo negativamente, sob pena de incorrer em *bis in idem*.¹¹⁸

Ademais, em relação as circunstâncias do crime, considera-se que são todos os elementos do fato criminoso, acessórios ou acidentais não compreendidos na norma penal. Enfim, trata-se do *modus operandi* utilizado para a prática do crime. São componentes que, embora não constituam o crime, influenciam diretamente em sua gravidade, seja por meio do estado de ânimo do agente, seja pelo local da infração, a sua duração e o objeto empregado no crime.¹¹⁹

Contudo, não se pode descuidar que cabe ao magistrado discriminar os fatos concretamente, de maneira que caracterize devidamente as circunstâncias do crime.

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte geral**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 771.

¹¹⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte geral – V.1 – art. 1º a 120 do Código Penal**. 15ª ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 566.

¹¹⁷ CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2ª ed, ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 56, *et seq.*

¹¹⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte geral – V.1 – art. 1º a 120 do Código Penal**. 15ª ed. Niterói: Impetus, 2013, p.567.

¹¹⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 7ª ed. Salvador: Saraiva, 2012, p. 138.

Isto, pois, é comum nos depararmos com sentenças inidôneas justificando a cominação do delito por ter o réu “agido de modo bárbaro”, “com exagero” ou ainda “de forma horrível”.¹²⁰

Não menos importante, importante salientar a acerca da penúltima circunstância judicial disciplinada no art. 59 do Código Penal, qual seja, as consequências do crime. Esta que, consoante magistério do professor Paulo Queiroz, corresponde aos efeitos centrais e complementares provenientes da infração, cujo grau de lesividade será aferido a fim de ser cominada a pena justa.¹²¹

Frisa-se, por sua vez, que as consequências do crime, para serem devidamente valoradas, devem ser isentas aos elementos que englobam o tipo normativo e às causas legais de modificação da pena (agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes), porquanto, do contrário, o produto e os frutos do delito propiciariam uma maior exasperação da pena-base e a evidente afronta ao princípio do *ne bis in idem*. Desse modo, não se deve, por exemplo, conceber a morte da vítima, núcleo do tipo previsto no art. 121 do Código Penal, como consequência a se fundamentar uma maior reprovação penal, haja vista que, sem a morte da vítima, será impossível ocorrer acusação, julgamento e, por fim, condenação pelo homicídio consumado.¹²²

Destarte, tão importante quanto as demais circunstâncias judiciais elencadas, o comportamento da vítima serve de parâmetro para que o julgador estabeleça o *quantum* da pena, de acordo com a influência que a vítima exerceu sobre o delinquente e a consequente prática do crime. Em outros termos, infere-se que quando o autor do fato é instigado, provocado ou desafiado pela vítima, indiretamente há uma contribuição para que se incorra na prática do delito.

A título de esclarecimento, cumpre transcrever o exemplo enunciado por José Paganella Boschi:

Quem, certa hora da noite, em local de pouca movimentação de pedestres e frequentado por ladrões habituais, consciente dessa situação, tira, repetidamente do bolso, conta e guarda um maço de dinheiro, provavelmente será assaltado por estar criando um “ambiente favorável para o assalto”.¹²³

¹²⁰*Ibidem, loc.cit.*

¹²¹ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 10ª ed. Salvador: Saraiva, 2014, p. 458, *et seq.*

¹²² BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 179.

¹²³*Ibidem*, p. 180, *et seq.*

Portanto, pode ser que o infrator seja beneficiado com uma menor reprovação penal, motivo pelo qual há de se entender que o comportamento da vítima, a depender do caso concreto, indicará proximidade com um dos elementos da culpabilidade, qual seja, a exigibilidade de outra conduta.¹²⁴

3.3.2 Circunstâncias atenuantes e agravantes

Como cediço, a atividade judicial da fixação da pena-base aludida em linhas atrás constitui a primeira fase do processo de aplicação da pena. Nessa linha, sabe-se também que, consoante determinado pelo art. 68 do Código Penal, a sua conclusão decorre da análise de duas outras fases: a segunda fase, representada pelo exame das circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas e, por último, a terceira fase, na qual se afere as causas especiais de diminuição ou de aumento de pena.

Desse modo, infere-se que as circunstâncias agravantes, dispostas nos arts. 61¹²⁵, 62¹²⁶, bem como as atenuantes, delimitadas em sua maioria nos arts. 65¹²⁷ e 66 do

¹²⁴*Ibidem, loc.cit.*

¹²⁵Art. 61 do Código Penal - 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.

¹²⁶Art. 62 do Código Penal - 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.

¹²⁷ Art. 65 do Código Penal - São circunstâncias que sempre atenuam a pena;

Código Penal, possuem duas características substanciais. Nessa linha, Juarez Cirino dos Santos as descrevem como genéricas e obrigatórias, porquanto serem aplicáveis a todo tipo de delito, bem como pelo fato de agravarem ou atenuarem a pena, quando incididas ao caso concreto, salvo se, eventualmente, constituírem, qualificarem ou privilegiarem o tipo penal, hipótese em que haverá a ampliação ou redução da pena, elidindo-se, assim, a sua agravação ou atenuação.¹²⁸

Em outros termos, as circunstâncias agravantes ou atenuantes (também denominadas de circunstâncias legais), mediante a análise do caso concreto, ampliam ou reduzem o conteúdo do tipo penal e/ou a reprovação da culpabilidade do autor, prevista expressamente na pena criminal cominada.¹²⁹

Ademais, há quem as classifique em subjetivas e objetivas, em razão da possibilidade de se destinarem ao elemento subjetivo do tipo – por exemplo, prática do crime por motivo fútil ou para assegurar a execução -, ao efetivo conteúdo do injusto, bem como pelo fato de expressarem considerações político criminais, como é o caso das atenuantes atinentes a reparação do dano e da confissão espontânea, disciplinadas no art. 65, inciso III, b' e d'.¹³⁰

Por outro lado, cumpre salientar que, ao contrário das circunstâncias agravantes, as circunstâncias atenuantes estão dispostas no Código Penal de forma meramente exemplificativa, uma vez que, conforme preconizado pelo art. 66 do Código Penal¹³¹,

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

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

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

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

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

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

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

¹²⁸ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal – Parte geral**. 5ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2012, p. 528.

¹²⁹ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹³⁰ PAGANELLA, José Antônio. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 198.

¹³¹ Art. 66 do Código Penal - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

a pena pode ser reduzida por alguma circunstância atenuante não prevista em lei, também avocada de atenuante inominada.¹³²

Com efeito, as circunstâncias atenuantes e as agravantes, diferentemente do que ocorre com as causas de aumento e de diminuição, não comportam um quantitativo definido, sendo efetuado exclusivamente pelo arbítrio do magistrado, desde que fundamentada concretamente. Assim, a título de esclarecimento, quando a lei fizer menção a circunstância que agrave a pena, porém estipula um aumento, a exemplo do art. 12 da Lei 8.137/90¹³³, corresponderá a causas especiais de aumento, e não de agravantes, de maneira que devem ser aferidas na terceira fase do processo da aplicação da pena.¹³⁴

Outrossim, cumpre salientar acerca da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, cuja análise é o objeto deste trabalho, na qual dispõe que o reconhecimento de uma circunstância atenuante não poderá quantificar a pena aquém do mínimo legal previsto em abstrato, tampouco poderá acarretá-la além do máximo previsto diante do aferimento de uma circunstância agravante.

3.3.3 Causas de aumento e de diminuição da pena

As causas de aumento e de diminuição, não obstante sejam imprescindíveis para uma cominação de pena justa, assim como as outras fases devidamente aludidas alhures, possuem um aspecto peculiar, que é a determinação de pena definitiva.

Nessa linha, depreende-se que as causas de aumento e diminuição são circunstâncias legais singulares, determinativas do aumento e da redução de pena

¹³² SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 7ª ed. Salvador: Saraiva, 2012, p. 184.

¹³³Art. 12 da Lei 8.137/90. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º: I - ocasionar grave dano à coletividade; II - ser o crime cometido por servidor público no exercício de suas funções; III - ser o crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde.

¹³⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 7ª ed. Salvador: Saraiva, 2012, p. 184.

obrigatoriamente aferida pelo juiz, com base naquilo que for previamente prescrito pelo legislador, em cotas fixas ou variáveis.¹³⁵

Nessa mesma linha, Claudio Brandão assinala que as causas de aumento e de diminuição “obrigam o julgador a elevar ou diminuir a pena em quantidades determinadas, estabelecidas pela própria lei, quer seja por quotas fixas, quer seja por quotas variáveis.”¹³⁶

Ademais, infere-se que as causas de aumento e diminuição estão previstas tanto na parte Parte Geral do Código Penal, quanto na Parte Especial. Assim, no tocante as quotas fixas, pode-se exemplificar com o art. 155, §1º, do Código Penal¹³⁷, o qual aumenta a pena em 1/3 (um terço) se o crime for praticado durante o repouso noturno. Por outro lado, em relação as quotas variáveis, dentre as inúmeras hipóteses, destaca-se aquela prevista no §1º do art. 158 do Código Penal¹³⁸, que prevê um aumento de um terço até a metade caso o delito seja perpetrado em concorrência com duas ou mais pessoas ou com emprego de arma.

A outro tanto, sublinhe-se que as causas de aumento e de diminuição da pena não devem ser confundidas com os tipos qualificados e os tipos privilegiados, uma vez que, enquanto aquelas constituem um mero aumento/diminuição da pena prevista no tipo básico, essas últimas promovem uma alteração na faixa de fixação da pena, concebendo, assim, um tipo penal incriminador específico.¹³⁹

Diante disso, à vista do exposto em linhas atrás, é imprescindível que o magistrado, ao aplicar a pena, faça-o mediante análise das três fases preconizadas no método trifásico.

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 156.

¹³⁶ BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 353.

¹³⁷Art. 155 do Código Penal - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: § 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

¹³⁸Art. 158 do Código Penal - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 1º - Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.

¹³⁹ Como exemplo de qualificadora, cita-se o art. 155, §4º do Código Penal: Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa; IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

4 AS SÚMULAS 231 E 545 DO STJ E O PRNCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Feita uma breve análise sobre os métodos de aplicação da pena, bem como o modo pelo qual é efetuada a sua quantificação, merece destaque o entendimento preceituado pelo Superior Tribunal de Justiça que, por meio da Súmula 231, vedou a incidência de circunstância atenuante para reduzir a pena aquém da quantidade mínima previsto no tipo penal.

Com efeito, embora numa análise preliminar o supracitado enunciado disponha de um aparente sentido, infere-se que, após as devidas análises e estudos, questionar-se-á a sua legitimidade perante a Constituição Federal e norma infraconstitucional.

Assim, estima-se que o estudo aprofundado de tal temática é de suma importância para o ordenamento jurídico, sobretudo no que diz respeito ao Direito Penal e a justa aplicação da pena, visto que, como cediço, representa o momento no qual há a determinação da sanção a ser angariada pelo condenado.

Por conseguinte, insta consignar que há na doutrina inúmeras discussões acerca do enunciado preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça que, não obstante seja acompanhado pelo Supremo Tribunal Federal e por alguns doutrinários, restará demonstrado a sua errônea aplicação, sobretudo após a edição da súmula 545 do STJ.

4.1 DEFINIÇÃO DA SÚMULA 231 DO STJ

Consoante dito em linhas atrás, com a edição da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, passou-se a entender que a incidência de circunstância atenuante, na segunda fase da aplicação da pena, não pode reduzir a pena aquém do mínimo legal. Nesse exato sentido, dispõe o referido preceito sumulado: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Sucedee que, antes de discorrer criticamente acerca da constitucionalidade e legalidade da Súmula 231, convém compreender os motivos pelos quais o Superior

Tribunal de Justiça a editou, de maneira que, assim, seja possível a elaboração de um posicionamento crítico.

Nessa linha, anterior ao entendimento sumulado acerca da impossibilidade de se atenuar a pena abaixo do mínimo legal, depreende-se que eram inúmeras as decisões em favor da mencionada diminuição, bem como as sentenças reformadas pelos Tribunais de Justiça para a manutenção do direito conferido pelo Legislador.

Nesse sentido, oportuna é a transcrição de um aresto que, por seguir uma linha favorável ao Acusado, foi impugnado e conduzido ao STJ em sede de Recurso Especial, dando ensejo a precedentes que resultaram a supramencionada súmula:

Confissão espontânea. Delito de autoria conhecida. Irrelevância. Atenuante obrigatória. Inteligência do art. 65, III, “d”, do CP.

- A confissão espontânea perante a autoridade policial ou judiciária, ainda que não se trate de delito de autoria ignorada ou atribuída a outrem, configura a atenuante obrigatória prevista no art. 65, III, “d”, do CP.

Pena. Fixação da pena básica. Incidência das agravantes e atenuantes obrigatórias. Inexistência de restrição pelos limites máximo e mínimo da cominação em abstrato. Exegese do art. 68 do CP.

- As circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61, 62 e 65, todos do CP, sempre incidirão sobre as penas básicas, por força do disposto no art. 68 do mesmo diploma legal, ainda quando essas se encontrem já nos limites mínimo e máximo da cominação em abstrato¹⁴⁰.

Similar ao exposto acima, frise-se que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, antes de pacificar seu entendimento, proferia algumas decisões no sentido de que, na segunda fase do método trifásico e, tendo em vista o preceito expresso do art. 65 do Código Penal – que afirma sempre poder atenuar a pena -, haveria a possibilidade de reduzir a pena aquém do mínimo previsto no tipo, conforme se verifica no acórdão a seguir:

PENAL. PENA. INDIVIDUALIZAÇÃO. PENA-BASE. GRAU MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. INCIDÊNCIA. REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL.

- No processo trifásico de individualização da pena é possível a sua fixação definitiva abaixo do mínimo legal na hipótese em que a pena-base é fixada no mínimo e se reconhece a presença de circunstância atenuante, em face da regra imperativa do art. 65, do Código Penal, que se expressa no comando literal de que tais circunstâncias sempre atenuam a pena.

- Habeas-corpus concedido¹⁴¹.

¹⁴⁰REsp 49.500/SP, Rel. Ministro ASSIS TOLEDO, QUINTA TURMA, julgado em 29/06/1994, DJ 15/08/1994, p. 20346 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400166222&dt_publicacao=15-08-1994&cod_tipo_documento= Acesso em: 22/11/2015

¹⁴¹ HC 9.719/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/1999, DJ 25/10/1999, p. 130. Disponível em:

Por outro lado, deve-se salientar que outros julgados, datados da mesma época, concebiam o entendimento atual:

PENAL. ART. 12 DA LEI N. 6.368/76. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA. APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. LIMITE DE INCIDÊNCIA DAS ATENUANTES RECONHECIDAS.

I - Se o agente, trazendo consigo ou transportando a droga, é detido quando pretendia exportá-la, o delito previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76 está consumado, sendo irrelevante, em sede de tipificação, a tentativa de exportação.

II - A majorante do art. 18, inciso I da Lei de Tóxicos alcança as hipóteses de "trazer consigo" ou do "transporte da droga" visto que se considerou demonstrado o "tráfico com o exterior".

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

Recurso conhecido e desprovido.¹⁴²

RESP - PENAL - PENA - ATENUANTE - O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA VISA A RESGUARDAR O DIREITO DE LIBERDADE.

A cominação (in abstracto) 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 transpor o mínimo fixado na lei. A segunda, sim, conduz a grau menor porque o legislador afetou o quantum da cominação.¹⁴³

Assim, é forçoso constatar que o atual e equivocado entendimento preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal adveio dessas divergências jurisprudenciais e a costumeira demanda de recursos especiais e habeas corpus.

4.2 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA QUANTO À SUA APLICABILIDADE

Consoante exposto em linhas atrás, a temática abordada pelo enunciado 231 do Superior Tribunal de Justiça comporta inúmeras discussões doutrinárias, sendo a

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900484258&dt_publicacao=25-10-1999&cod_tipo_documento=> Acesso em: 22/11/2015.

¹⁴² REsp 146.056/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/1997, DJ 10/11/1997, p. 57830. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700604985&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=. Acesso em: 22/11/2015.

¹⁴³ REsp 15.691/PR, Rel. Ministro PEDRO ACIOLI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/1992, DJ 03/05/1993, p. 7812. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100212121&dt_publicacao=03-05-1993&cod_tipo_documento=. Acesso em: 22/11/2015.

maioria a favor da manutenção da atual cognição, ou seja, pela inaplicabilidade de atenuante para reduzir a pena abaixo do mínimo legal.

Diante disso, em que pese não coadune com o posicionamento majoritário, impende discorrer acerca dos principais argumentos esposados pela doutrina majoritária e, assim, explicitar os motivos pela subsistência da Súmula 231 do STJ.

4.2.1 Dos argumentos favoráveis à sua manutenção

Inicialmente, dentre os principais fundamentos utilizados pelos Ministros para justificar a vedação do *quanto* transpor o mínimo legal, destaca-se a leitura do art. 59, inciso II e art. 67 do Código Penal, segundo os quais, similarmente, denotam a necessidade de a pena ficar dentro ou aproximar-se do limite previsto no tipo, não sendo aplicável apenas a primeira fase para a fixação da pena-base, mas também à pena provisória, atinente a segunda fase.

Assim, argui-se que o modelo trifásico proposto por Nelson Hungria, caracterizado pela rigidez, obsta que, na segunda fase, a pena seja imposta abaixo do mínimo previsto no tipo penal, sendo possível tal prática apenas em relação a fixação da pena definitiva, adstrita a terceira fase da dosimetria, sob a justificativa de que as causas de diminuição e circunstâncias atenuantes são distintas, sobretudo no tocante ao momento de imposição.

Nessa linha, ainda sobre os fundamentos depreendidos, ressalta-se a leitura do art. 65 do Código Penal, que depreende que as circunstâncias atenuantes *sempre* atenuam a pena. Em relação ao termo “sempre”, falou-se que referida expressão não pode ser interpretada de maneira extrema, dando enfoque a uma interpretação meramente literal em detrimento da interpretação teológica, visto que, segundo asseverado, as circunstâncias agravantes disciplinadas no art. 61 do Código Penal também poderiam exceder o limite máximo do tipo, tendo em vista o preceito correlato de *sempre* agravar a pena.

Neste raciocínio, outro receio dos Ministros diz respeito a probabilidade de haver uma eminente indeterminação da pena, o qual seria conflitante com o princípio da reserva legal e o da legalidade, haja vista que, ao se conceber a pena inferior ao mínimo,

conceder-se-ia uma ampla discricionariedade aos magistrados. Diante disso, questionou-se qual seria o limite destas diminuições e se, em razão destas, poderia haver uma pena próxima ou igual a zero. Este, inclusive, é um dos principais argumentos utilizados por Damásio de Jesus¹⁴⁴ ao advogar a manutenção da supramencionada Súmula.

Aliado a isso, cumpre transcrever a posição levantada por Gilberto Ferreira:

Por isso que o juiz não pode, ao estabelecer a pena-base, ou ao apreciar as circunstâncias legais, reduzir a aquém ou elevá-la acima dos limites previstos no tipo. Não fosse dessa maneira, o princípio da legalidade estaria burlado, já que num crime de homicídio simples, por exemplo, fixada a pena-base em 10 anos, o juiz poderia, considerando uma atenuante ou uma agravante, fixá-la definitivamente em um mês ou 30 anos, o que seria um absurdo. E por isso, é que pode fazê-lo em relação às causas especiais de aumento ou de diminuição, sem que tal configure arbitrariedade porque, para estas, há um limite pré-estabelecido (de um sexto a um terço, de um a dois terços)¹⁴⁵.

Corolário ao exposto acima, Guilherme de Souza Nucci aduz que “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”¹⁴⁶. Além disso, acrescenta:

Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem a possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador¹⁴⁷.

Destarte, argumentou-se também que a concessão de atenuação aquém do mínimo certamente ensejaria uma ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que, além de ultrapassar os limites supostamente designados pelo legislador, o julgador, acometido de demasiada discricionariedade, ficaria desprovido de qualquer parâmetro objetivo para atenuar a sanção, o que seria danoso à segurança jurídica.

¹⁴⁴ DE JESUS, Damásio. **O juiz pode, em face das circunstâncias atenuantes genéricas, fixar a pena aquém do mínimo legal abstrato?**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/956/o-juiz-pode-em-face-das-circunstancias-atenuantes-genericas-fixar-a-pena-aquem-do-minimo-legal-abstrato>> Acesso em 23/11/2015.

¹⁴⁵*Ibidem, loc. cit.*

¹⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral; Parte Especial** – 7. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 492.

¹⁴⁷*Ibidem, loc. cit.*

4.2.2 Dos argumentos contrários à sua permanência

Aludido os argumentos relativos a adoção e a manutenção do enunciado 231 do STJ, cumpre destacar os argumentos contrários a esta, os quais, indubitavelmente, advogo ser o melhor entendimento.

Primeiramente, no que tange a alegação de que o artigo 59, inciso II, do Código Penal ser aplicável à segunda fase, impende repreender tal argumento, haja visto que tal preceito é cabível apenas no tocante a fixação da pena-base. Não há motivo para estender a sua aplicabilidade à cominação de pena provisória, uma vez que, conforme disposto em seu art. 68, “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por ultimo, as causas de diminuição e de aumento.”

Em síntese, sabe-se que, para a dosimetria da pena, apresentaram-se duas propostas, a primeira de Roberto Lyra, que concebia a sua quantificação a um método bifásico – no qual o juiz, em um primeiro instante, estabelecia a pena-base mediante a ponderação de circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, sendo, posteriormente, em um segundo instante, ajustada a pena definitiva através da análise de causas de diminuição e aumento de pena-, e, por conseguinte, a de Nelson Hungria, adotado pelo ordenamento jurídico, em razão da sanção ser aferida por meio de um método trifásico. Nessa esteira, como já salientado, a fixação da pena-base, adstrita à primeira fase, é efetuada através aferição das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, que, conforme disposto no art. 59, inciso II, deve ser quantificada dentro dos limites previstos.¹⁴⁸ Em outros termos, o legislador é clarividente ao dispor que a pena-base, não pode ficar aquém do mínimo legal, tampouco além do máximo da pena em abstrato, sendo tal restrição apenas e exclusivamente em relação a primeira fase da dosimetria penal.

Corolário com aduzido acima, impreterível é o magistério de Ricardo Augusto Schmitt:

Somente a pena-base deverá ficar entre os limites de pena previstos em abstrato ao tipo (art. 59, II, do CP), não se aplicando tal exigência à segunda fase de aplicação da sanção corporal (art. 68 *caput* do CP). Relembre-se: estamos diante de um sistema trifásico de dosimetria da pena – o qual foi adotado por nosso legislador – e não diante do sistema bifásico- o qual,

¹⁴⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 7ª ed. Salvador: Saraiva, 2012, p. 241.

repita-se, tinha a pena-base fixada levando em consideração simultaneamente as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) e as circunstâncias atenuantes e agravantes.¹⁴⁹

Assim, evidencia-se que a atual percepção jurisprudencial somente seria crível caso adotássemos o método bifásico, tendo em vista que, nesta, há a análise simultânea das circunstâncias judiciais, juntamente com as atenuantes e agravantes para se quantificar a pena-base. Nesse sentido, elucida Ricardo Augusto Schmitt:

Ora, ao se aplicar o sistema bifásico, o qual trazia previsão à primeira fase da dosimetria a análise simultânea das circunstâncias judiciais, além das atenuantes e agravantes para composição da pena-base, intocável estaria o entendimento sumulado, uma vez que sempre houve consenso que a pena-base deverá se balizar entre o mínimo e máximo previstos em abstrato ao tipo e, nesse caso, as atenuantes e as agravantes seriam computadas para formação dessa própria pena-base.

No entanto, diante da adoção pelo legislador do sistema trifásico, não subsiste mais essa razão de ser, vez que as circunstâncias atenuantes e agravantes são analisadas na segunda fase de aplicação da pena, depois de já ter sido fixada a pena-base, a partir da análise isolada das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), não revelando qualquer óbice à sua redução ou majoração fora dos limites em abstrato previstos.¹⁵⁰

Por sua vez, em relação a máxima de que o art. 65 não deveria ser interpretado de forma extremada e literal, mais uma vez, infere-se que tal argumento adveio de uma interpretação desacertada. Isto, pois, depreende-se que o referido artigo, por estar atrelada a individualização constitucional de pena, constitui-se como uma norma cogente, de ordem pública, razão pela qual se entende ser obrigatória a sua aplicação, sob pena de violação ao princípio da individualização da pena e a legalidade estrita.¹⁵¹

Ainda no que tange à obrigatoriedade de as atenuantes sempre serem impostas diante de sua aplicabilidade no caso concreto, depreende-se que a atual concepção adveio de uma interpretação analógica inadequada, assentada na proibição que constava no parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, não repisado, vale ressaltar, na Reforma Penal de 1984. Em síntese, o referido dispositivo assentia uma causa especial de diminuição de pena – a exemplo da hipótese de o agente tencionar a participar de crime menos grave -, mas se impedia que tal redução ficasse inferior ao mínimo cominado.¹⁵²

¹⁴⁹*Ibidem*, p. 242.

¹⁵⁰*Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁵¹ CANÍBAL, Carlos *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte geral**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 781.

¹⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte geral**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 781.

Em sentido similar, corrobora Carlos Caníbal ao aduzir que:

É que estes posicionamentos respeitáveis estão, todos, embasados na orientação doutrinária e jurisprudencial anterior à reforma penal de 1984 que suprimiu o único dispositivo que a vedava, por extensão – e só por extensão – engendrada por orientação hermenêutica, que a atenuação da pena por incidência de atenuante não pudesse vir para aquém do mínimo. Isto é, se está raciocinando com base em direito não mais positivo.¹⁵³

A outro tanto, obsta-se a aplicabilidade obrigatória das circunstâncias atenuantes também pela cognição de que, caso assim se proceda, também seria prescrita a agravação da pena superior ao máximo cominado, tendo em vista que art. 61 do Código Penal, assim como o art. 65, possui o termo “sempre”.

Tecendo comentários acerca do argumento pretérito, sobreleva notar que, segundo o art. 61 do Código Penal¹⁵⁴, as circunstâncias agravantes sempre devem agravar a pena, salvo se constituir ou qualificar o crime. A leitura do mencionado artigo, assim como defendido às circunstâncias atenuantes previstas no art. 65, no qual também impera o termo “sempre”, não sugere outro entendimento, razão pela qual inexistente motivo para que o julgador deixe de aplicá-las, ainda que eventualmente ultrapasse o máximo abstrato.

Em outras palavras, infere-se que os supracitados artigos, à medida que tratam de individualização constitucional de pena, constituem-se como normas cogentes, de

¹⁵³ CANÍBAL, Carlos *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte geral**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 782.

¹⁵⁴ Art. 61 do Código Penal - 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.

ordem pública, razão pela qual deve ser obrigatória a sua aplicação, caso contrário, ocorrerá em violação ao princípio da individualização da pena e a legalidade estrita.

Desse modo, adota-se, nesta pesquisa, a ideia de que a aplicação obrigatória não prevalece apenas às circunstâncias atenuantes, mas também para as circunstâncias agravantes, porquanto o legislador, conforme dito alhures, em ambas as situações, impôs que devem incidir no *quantum* da pena, quando cabíveis.

Nesse sentido, entende-se, que pensar de forma adversa, de maneira que fosse possível apenas a incidência de circunstâncias atenuantes aquém do mínimo, em detrimento das circunstâncias agravantes, resultaria numa contradição para aqueles que se opõe a Súmula 231, bem como uma ofensa aos princípios da individualização da pena e da legalidade, tendo em vista que o legislador, claramente, conferiu a incidência para as duas situações.

Similar ao que foi dito acima, entende Ricardo Augusto Schmitt:

Na verdade, e disso ninguém dúvida, tal “vedação” se baseia numa construção puramente jurisprudencial, uma vez que legalmente não existe qualquer previsão que coloque óbice à redução ou à majoração da pena na segunda fase para fora dos limites previstos em abstrato pelo tipo.¹⁵⁵

Por outro lado, não obstante se tutele a possibilidade da incidência de circunstâncias agravantes além do máximo abstrato, tal qual se advoga em face das circunstâncias atenuantes, cumpre ressaltar que, de fato, é pouco provável a sua ocorrência – para não dizer impossível -, uma vez que predomina o entendimento que o termo inicial da pena-base corresponde ao mínimo legal do tipo, afastando-se, desta, à medida que forem aferidas circunstâncias judiciais negativas ao agente, sem, todavia, ultrapassar o termo médio.

Nesse sentido, leciona José Antônio Paganella Boschi:

Na primeira fase do método trifásico, a pena-base é individualizada dentro das margens específicas (o mínimo legal e o termo médio), jamais podendo excedê-las, salvo em descompasso com o sistema trifásico e com dispositivos constitucionais.¹⁵⁶

¹⁵⁵ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 7ª ed. Salvador: Saraiva, 2012, p. 241.

¹⁵⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 188.

Nessa linha, entremostra-se impreterível a transcrição do voto do Desembargador Nereu José Giacomolli do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

É a reprovabilidade da conduta, informada pelas circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, que indica a fixação da pena-base, em parâmetros suficientes e necessários à reprovação e prevenção. Entre o mínimo e o máximo da pena prevista pelo legislador, há vários critérios indicativos da individualização. Adoto a corrente que entende que a pena-base afasta-se do mínimo legal, na media em que forem surgindo circunstâncias negativas, até atingir, salvo situações excepcionais, o termo médio. No caso concreto, não há demonstração fática da existência de fatores negativos a serem subsumidos nas hipóteses do artigo 59 do Código Penal, motivo por que a pena-base há de ser fixada no mínimo legal.¹⁵⁷

Em melhores termos, entende-se que a incidência de circunstâncias agravantes, ao ponto de transcender o máximo do tipo penal, é quase que incomum, visto que, concretamente, isto ocorreria apenas diante da esporádica situação de estarem presentes todas as circunstâncias agravantes em detrimento da inexistência de qualquer circunstância atenuante.

Noutro giro, há quem defenda que a interpretação do art. 61 do Código Penal deve ser feito à luz do Princípio do Favor Rei ou Princípio do Favor *Libertatis*.¹⁵⁸

Nessa mesma linha, aduz Guiseppe Bettiol, citado por Rômulo de Andrade Moreira:

determinada óptica, o princípio do favor rei é o princípio base de toda a legislação penal de um Estado inspirado, na sua vida política e no seu ordenamento jurídico, por um critério superior de liberdade. Não há, efetivamente, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento. É uma constante das articulações jurídicas de semelhante Estado, um empenho no reconhecimento da liberdade e autonomia da pessoa humana. No conflito entre o jus puniendi do Estado por um lado e o jus libertatis do arguido por outro, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quer assistir ao triunfo da liberdade.¹⁵⁹

Ademais, sabe-se que, na segunda fase, atinente a fixação da pena provisória, o Código Penal não estabeleceu índices ou quantitativos para a sua valoração. Desse modo, diante da lacuna legislativa, a doutrina e a jurisprudência, malgrado exista

¹⁵⁷ Apelação-Crime nº 70025858713, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, julgado em 30/04/2009. Acesso em 29/11/2015.

¹⁵⁸ MOREIRA, de Andrade Rômulo. **O Novo Enunciado Da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e a Aplicação da Pena.** (Artigo). Disponível em: <file:///C:/Users/Marcos%20Paulo%20Fontes/Downloads/3964-15101-1-PB.pdf>. Acesso em 01/03/2018.

¹⁵⁹ BETTIOL, GIUSEPPE *apud*, MOREIRA, de Andrade Rômulo. **O Novo Enunciado Da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e a Aplicação da Pena.** (Artigo). Disponível em: <file:///C:/Users/Marcos%20Paulo%20Fontes/Downloads/3964-15101-1-PB.pdf>. Acesso em 01/03/2018.

pensamento minoritário divergente, consolidaram o entendimento de que a análise deve ocorrer mediante a aplicação de coeficiente de um 1/6 (um sexto).

A esclarecer o que fora exposto, cumpre redigir o magistério de Cezar Roberto Bitencourt:

O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-a à discricionariedade do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena, que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes).¹⁶⁰

Por conseguinte, discorre-se que as normas penais que almejam atenuar a sanção a ser imposta ao indivíduo devem ser objeto de uma interpretação minimamente estrita, literal, podendo, em alguns casos, ser interpretadas extensivamente, desde que seja assegurado um maior resguardo ao seu direito de liberdade e outros direitos fundamentais. Paralelo ao exposto, Carlos Maximiliano esclarece:

Estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana, ou afetam a propriedade; conseqüentemente, com igual reserva se aplicam, com igual reserva se aplicam os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade. O contrário se observa relativamente às normas escritas concernentes às causas que justificam os fatos delituosos e dirimem ou atenuam a criminalidade: devem ter aplicação *extensiva* desde que os motivos da lei vão além dos termos da mesma; em tais circunstâncias, até a *analogia* é invocável.¹⁶¹

Ainda segundo o supramencionado doutrinador, a exegese das normas penais incriminadoras “deve dar *precisamente* o que o texto exprime, porém *tudo* o que no mesmo se compreende; nada de mais, *nem de menos*”¹⁶², no entanto, ressalva que, no tocante aos comandos que buscam minimizar a situação do réu, a sua interpretação deve ser mais flexível, feita de maneira extensiva ou ao menos estritamente, mas jamais de forma restritiva.

Diante disso, é forçoso concluir que a análise feita pelo Superior Tribunal de Justiça, ao proferir o enunciado 231, revela-se explicitamente restritiva, visto que, como se percebe, restringiram o multicitado comando normativo disciplinado no art. 65 do

¹⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 283 *et seq.*

¹⁶¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. – 20. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 263.

¹⁶²*Ibidem*, p. 264.

Código Penal e, por derradeiro, a interpretaram como se o legislador tivesse feito uma previsão além do que, intrinsecamente, desejou.

Com efeito, reitera-se que a legislação penal, em nenhum momento, limita a aplicação das circunstâncias atenuantes aos limites mínimos abstratos fixados pelo legislador em cada tipo penal incriminador. Assim, é premente que se deixe claro que, ao contrário do que faz acreditar a súmula 231 do STJ, quando diz que as circunstâncias previstas nos artigos 65 e 66 não podem conduzir a pena base a patamar inferior ao limite mínimo previsto para o delito, a redação do Código ou sequer a interpretação sistemática de seu texto permite tal desfecho.¹⁶³

À medida que o mencionado artigo afirma, categoricamente, que são as circunstâncias que sempre atenuam a pena, interessante é a indagação e o questionamento feito por Rogério Greco¹⁶⁴, quem expõe a seguinte reflexão: “por que razão utilizaria o legislador o advérbio *sempre* se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo?”.

Portanto, restam indubitável e cristalino que o legislador, ao proferir o mencionado artigo, não traiu o espírito da lei ou foi infiel à vontade idealizada, motivo pela qual deve haver a interpretação literal e estrita do quanto insculpido no artigo 65 do Diploma Substantivo Penal.

Sobre o assunto, especificamente no que diz respeito a interpretação do art. 65 do Código Penal, Cezar Bitencourt assevera:

Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a atenuação da pena em razão de um atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal.¹⁶⁵

Por sua vez, no que diz respeito a suposta violação ao princípio da legalidade e, por conseguinte, a demasiada discricionariedade dirigida ao magistrado, aventadas por aqueles que são favoráveis a manutenção da reprimenda concepção jurisprudencial,

¹⁶³ SAMPAIO, Alexandre dos Reis. **Súmula 231 do STJ: uma análise crítica**. 2014, p. 54. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

¹⁶⁴ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. Niterói: Impetus, 2008, p. 234.

¹⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. 1. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 588/589.

impõe-se dizer que, malgrado o legislador tenha conferido, de fato, ampla discricionariedade ao julgador, esta não constitui um efeito nocivo ao ordenamento jurídico, mas uma consumação e desfecho do princípio da individualização da pena.

Com efeito, infere-se que o princípio da legalidade constitui uma autêntica garantia política que se justifica para resguardar o cidadão em face dos excessos do Estado e não para pretextar atos arbitrários contra o Acusado.¹⁶⁶

Nesse sentido, ao contrário do que nos fazem crer, deve-se sim, efetivamente, garantir ao julgador uma maior liberdade para aferir a pena a ser cominada, tendo em vista a sua maior proximidade com o condenado, a vítima, bem como a sociedade lesada, sendo, portanto, o mais capacitado para determinar, de forma conveniente, a sanção penal.¹⁶⁷

Com isso, oportuno, esclarecer que a discricionariedade conferida ao magistrado não deve, em hipótese alguma, ser confundida com arbitrariedade, uma vez que, a contrário sensu, aquela é vinculada a parâmetros legais e normas princípios estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Corolário a isso, Carlos Eduardo Passos da Silva salienta que “de fato, a arbitrariedade sempre dessume um ato de vontade delineado no abuso de poder, enquanto a discricionariedade dimana implicação aos parâmetros legais previamente traçados, agasalhados pelo ordenamento jurídico pátrio”¹⁶⁸.

Decerto, conquanto o magistrado detenha certa discricionariedade à quantificação da pena, esta não é temerária, tendo em vista que, consoante já afirmado, ele se pauta por princípios, a exemplo da razoabilidade e motivação das decisões, sendo inclusive validade para a sentença. Desse modo, caso se entenda necessário quantificar uma pena com *quantum* inferior ao mínimo abstrato – ou superior ao máximo -, necessariamente estará acompanhada de devida fundamentação, tal como exige qualquer outra decisão, por respeito a máxima prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Desse modo, forçoso é perceber que o supracitado argumento, bem como aquele que

¹⁶⁶ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 11ª ed. Salvador: Saraiva, 2015, p. 441.

¹⁶⁷ SAMPAIO, Alexandre dos Reis. **Súmula 231 do STJ: uma análise crítica**. 2014, p. 67. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito.

¹⁶⁸ SILVA, Carlos Eduardo Passos. **A Discricionariedade do Juiz na Aplicação da Pena**. – Diké – Santa Cruz: Revista jurídica do curso de direito da UESC – ano 6, 2004, p. 172.

diz que se fosse autorizada a redução para aquém dos valores mínimos abstratos haveria a possibilidade de pena zero, constituem-se como inverídicos, visto que, consoante exposto alhures, a liberdade conferida ao magistrado não é absoluta, sendo, portanto, susceptível à reforma na hipótese de qualquer incongruência.

Assim, restando de sobejo comprovada o impreciso entendimento jurisprudencial acerca da aplicação das atenuantes, cumpre destacar a situação hipotética elencada por Delmanto:

Atualmente, dois co-réus acusados do mesmo crime, ambos com circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59), não havendo nenhuma agravante (arts. 61 e 62) ou causas especiais de aumento ou diminuição da pena, com a diferença de *um* deles ser *menor* e ter *confessado* (atenuantes do art. 65, I, primeira parte, e III, d), a sanção para os dois será a *mesma*, ou seja, o *mínimo* cominado, por inexistência de fundamento legal para exacerbar a do maior que não confessou e, segundo o entendimento tradicional, para diminuir abaixo do mínimo a do menor que confessou.

(...) Com isso, desvalorizam-se atenuantes de primeira grandeza como a menoridade e a confissão, desestimulando esta última, que dá ao julgador, quando feita em juízo, sob o contraditório, a certeza moral da condenação. Tais exemplos, a nosso ver, demonstram a incoerência e a injustiça da solução preconizada pela posição hoje predominante.¹⁶⁹

Não menos importante e similar à situação supramencionada, imagine-se a hipótese de um agente, menor de vinte e um anos na data do fato, praticar um delito por motivo de relevante valor moral, na qual teve sua pena-base fixada no mínimo abstrato. É correto obstar a sua reprimenda em respeito ao enunciado 231 do Superior Tribunal de Justiça?¹⁷⁰

Para aqueles que ainda entendem pela manutenção do preceito preconizado pelo contestado enunciado do STJ, infere-se que a situação narrada representaria uma desacertada equiparação de crime da mesma espécie, em que o agente, por consequência, teria a fixação de pena similar ao caso acima, não obstante tenha direito a atenuante em sua pena aplicada.

Sobre a problemática acima, salienta-se constituir violação aos princípios da isonomia e individualização, pois, além de implicar no tratamento equivalente para condenados

¹⁶⁹ DELMANTO, Celso, **Código penal comentado**. 7ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 213.

¹⁷⁰ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 7ª ed. Salvador: Saraiva, 2012, p. 243.

desiguais, também impede que a pena seja determinada de forma justa e proporcional.¹⁷¹

Nesse sentido, imprescindível é a transcrição do voto da Desembargadora Rosana Andriguetto de Carvalho do Tribunal de Justiça do Paraná:

A tarefa do juiz, na sentença, é a de individualizar a pena. Mas se a pena mínima não puder ser ultrapassada (em virtude de um posicionamento doutrinário e jurisprudencial equivocado, claramente presunçoso e inconstitucional), colocar-se-á numa vala comum incontáveis condenados que contam com situações diferentes. Isso implica séria violação ao princípio da igualdade (assim como profundo desrespeito ao valor justiça, que é o valor meta do Estado Constitucional e Democrático de Direito)¹⁷².

Com efeito, cumpre acrescentar a seguinte indagação: o que dizer ainda ao agente que confessa a prática do delito em juízo e que não poderá ver reconhecida em seu favor essa atenuante, tendo em vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal?¹⁷³

É importante a reflexão acerca do sobredito questionamento, visto que, tem-se tornado comum o Acusado deixar de usufruir a atenuante decorrente da confissão, conquanto lhe tenha sido garantido não apenas pelo magistrado, mas também pelo próprio Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao sumular que “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.”¹⁷⁴

Assim, pacificou-se o entendimento de que a confissão, circunstância atenuante disciplinada no art. 65, inciso III, d, do Código Penal, deve ser considerada para atenuar a pena quando utilizada para auxiliar a condenação, ainda que parcial, conforme denotam precedentes abaixo:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 65, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar apenas, sobretudo quando utilizada para dar suporte à condenação.

¹⁷¹ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 11ª ed. Salvador: Saraiva, 2015, p. 441

¹⁷² PARANÁ, Tribunal de Justiça, Apelação Criminal Nº 2289583, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Paraná, Relator: Maria José Teixeira, Julgado em: 02 out. 2003. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6395972/apelacao-crime-acr-2289583-pr-0228958-3/inteiro-teor-12513493>>. Acesso em 24 nov. 2015.

¹⁷³ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 7ª ed. Salvador: Saraiva, 2012, p. 243.

¹⁷⁴ BRASIL, **Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27545%27> Acesso em: 23/11/2015.

2. Agravo regimental improvido.¹⁷⁵

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO COMOSUPOORTE DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. COMPENSAÇÃO COMREINCIDÊNCIA.

1. Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial, com posterior retratação em juízo.

2. É devida a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Precedente da Terceira Seção.

3. Agravo regimental improvido.¹⁷⁶

Viceja grande discussão o entendimento supramencionado, tendo em vista que, aparentemente, conflita-se com o disposto no enunciado 231, pois, eventualmente, o agente poderá ter sua pena fixada no mínimo legal e, ainda assim, ter direito a atenuante da confissão, o qual, atualmente, é imperativo a sua incidência.

Por derradeiro, não pairam dúvidas que a aplicação pura e simplesmente do entendimento preconizado no enunciado 231 traz consequências díspares e, conforme exposto alhures, nocivas ao agente.

4.3 DEFINIÇÃO DA SÚMULA 545 DO STJ

Segundo a súmula 545 do STJ, o acusado terá direito a atenuante preceituada no art. 65, III, d, do Código Penal, na medida que confessar a prática do delito e o julgador utilizá-la para a formação do seu convencimento.

Nesse diapasão, percebe-se que o presente enunciado faz alusão específica a atenuante da confissão do delito, no entanto, passou-se a discutir se a confissão o modo com a qual foi feita a confissão, isto é, se foi espontânea, integral, parcial, na fase policial ou judicial.

¹⁷⁵ AgRg no REsp 1269574/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1412254&num_registro=201101920018&data=20150602&formato=PDF Acesso em: 23/11/2015.

¹⁷⁶ AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 19/03/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1389598&num_registro=201303512931&data=20150319&formato=PDF Acesso em: 23/11/2015.

Nessa linha, convém ressaltar que, não obstante o artigo em comento discipline expressamente acerca da confissão espontânea, a doutrina e a jurisprudência entendem que a confissão deve ser praticada através da voluntariedade.

Sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci dispõe que:

confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.¹⁷⁷

Com efeito, importante salientar que a confissão diz respeito à autoria e materialidade delitiva, de maneira que, antes da reforma de 1984, admitia-se tão somente quando aquela se referisse a delito ignorado ou atribuído a terceiro distinto de quem realmente o praticou. Todavia, passou a entender que tais requisitos são prescindíveis, bastando apenas que o acusado o faça, seja na fase investigativa, seja na fase judicial.¹⁷⁸ Em melhores termos, a confissão pode ser feita perante a autoridade policial ou judicial.

Por outro lado, observe-se que, atualmente, remodelou-se a exigência preconizada no art. 65, III, “d”, do Código Penal, de modo a beneficiar o agente criminoso que meramente auxiliar na busca da verdade real, tal qual dispõe o item 55 da exposição de motivos do Código Penal, segundo o qual, “beneficia-se, como estímulo à verdade processual, o agente que confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, sem a exigência, em vigor, de ser a autoria “ignorada ou imputada a outrem”.¹⁷⁹

Noutro giro, urge expor que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a atenuante preceituada no art. 65, III, “d”, do Código Penal, possui caráter objetivo, motivo pelo qual é caracterizada pelo “reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos”.¹⁸⁰

¹⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 472.

¹⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 368.

179 Villar, Saldanha Alice. **O Reconhecimento Da Confissão Espontânea do Réu Na Jurisprudência Do Stj: Nova Súmula 545. (Artigo)**. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-reconhecimento-da-confissao-espontanea-do-reu-na-jurisprudencia-do-stj-nova-sumula-545,54909.html#_ftn2. Acesso em 25 fev. 2018

¹⁸⁰ JUSTIÇA, Superior Tribunal. Habeas Corpus Nº 200113, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Laurita Vaz, Julgado em 01 fev. 2013. Disponível em:

Noutro giro, no que diz respeito a aplicação da atenuante, considera-se irrelevante diferenciar se a confissão foi voluntária ou espontânea, tendo em vista seu caráter objetivo e a omissão da lei no que diz respeito a referência acerca dos motivos e circunstâncias que a determinaram.¹⁸¹

Assim, a atenuante em comento deverá ser aplicada em favor do condenado se for utilizada para fundamentar a sua condenação, sendo dispensável que o fato de ter sido espontânea, total ou com retratação ulterior.

Nesse sentido, entendeu a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no julgamento do Habeas Corpus 316.798/SP:

HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06, E ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, AMBOS DA LEI 10.826/03, C/C O ART. 69 DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA.

POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento.
2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência.
3. Nos termos dos artigos 33 e 44 do Código Penal, inviável a pretendida alteração do regime inicial e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, porquanto as reprimendas do paciente resultaram em patamar superior a 8 (oito) anos de reclusão.
4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, reduzindo a pena do paciente no tocante ao crime de tráfico de drogas para 5 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multas, resultando a reprimenda final em 8 (oito) anos e 6

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158995460/recurso-em-habeas-corpus-rhc-47341-mg-2014-0097734-5>. Acesso em 28 fev. 2018.

¹⁸¹ JUSTIÇA, Superior Tribunal. Habeas Corpus Nº 22927, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Paulo Gallotti, Julgado em 16 out. 2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7133924/habeas-corpus-hc-22927-ms-2002-0070235-2-stj/relatorio-e-voto-12849902>. Acesso em 28 fev. 2018.

(seis) meses de reclusão, mais 511 (quinhentos e onze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.¹⁸²

Diante disso, convém notabilizar que há diversos tipos de confissão, de maneira que a doutrina a divide em espontânea, voluntária, total, parcial, qualificada e com posterior retratação. A primeira, obviamente diz respeito aquela que foi feita independente de fatores externos. A segunda, por sua vez, decorre da vontade induzida pelo desencadeamento das diligências e intensa suspeita de autoria em face do réu. Na sequência, a terceira é oriunda do relato integral dos fatos, especificamente com a confirmação daquilo que foi relatado na denúncia. A quarta é derivada do relato incompleto dos fatos pelo Acusado. A quinta é resultante da exposição na qual o acusado objetiva obter alguma outra dirimente, a exemplo da existência de alguma excludente de ilicitude. Por fim, a quinta geralmente corresponde aos casos em que o acusado confessa perante autoridade policial, mas a nega em juízo.¹⁸³

Portanto, segundo entendimento predominante da jurisprudência e doutrina, amparada pela súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do servir de alicerce para a condenação, aplicar-se-á a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP). Em termos mais claros, quando a confissão do agente sustentar o convencimento do julgador para condenação, incide-se a indigitada atenuante no momento da dosimetria da pena, sendo irrelevante se aquela foi espontânea, total, qualificada ou mesmo se houve retratação posterior.

¹⁸² JUSTIÇA, Superior Tribunal. Habeas Corpus Nº 316.798, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 07 mai. 2015. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clas.+e+@num=%27316798%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27316798%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clas.+e+@num=%27316798%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27316798%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em 01 mar. 2018

¹⁸³ VILLAR, Saldanha Alice. O reconhecimento da confissão espontânea do réu na jurisprudência do STJ: nova Súmula 545. (Artigo). Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo-o-reconhecimento-da-confissao-espontanea-do-reu-na-jurisprudencia-do-stj-nova-sumula-545,54909.html#_ftn2>. Acesso em 25 fev. 2018

4.4 PENA AQUÉM DO MÍNIMO – ARBITRARIEDADE JUDICIAL X GARANTISMO CONSTITUCIONAL

Conforme já manifestado alhures, o legislador, ao editar o art. 65 do Código Penal, conferiu ao Acusado o direito de ter aplicada eventual circunstância atenuante e, por conseqüente, a sua dedução. Entretanto, segundo entendimento sumulado do enunciado 231, o Superior Tribunal de Justiça preconiza que a pena não poderia ficar aquém do ínfimo previsto abstratamente no tipo penal, salvo se decorrente de causas de diminuição, atinente a terceira fase da aplicação da pena.

Assim, pode-se salientar que o impedimento proposto pelo mencionado Tribunal, corroborado pelo Supremo Tribunal Federal, viola direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e devidamente individualizada. Isto é, sendo o artigo 65 considerado uma norma cogente, por se tratar de preceito individualização da pena, constituindo, portanto, uma norma de ordem pública, sua aplicabilidade deve ser imediata e incontestável, sob pena de evidenciar uma manifesta inconstitucionalidade. Em suma, não há qualquer lei que impeça a aplicação de circunstância atenuante aquém do mínimo legal cominado. Pelo contrário, o artigo 65, expressamente, determina a diminuição da pena em razão de uma atenuante, desprovida de qualquer limite.

Nessa toada, é inaceitável que o magistrado, corolário ao enunciado preceituado pelo STJ, apenas por conveniência, deixe de considerar a circunstância atenuante, quando, contrariamente, o legislador conferiu a sua aplicação obrigatória.

Assim, se por um lado o julgador escusa-se de discorrer acerca da normatividade dos princípios constitucionais e os motivos que o conduziram àquela decisão, por outro lado, ele também se mostra inerte no que tange a inexistência de normatividade dos enunciados das súmulas não vinculantes, limitando-se, inúmeras vezes, à cômoda e mera reprodução da existência de entendimento sumular.¹⁸⁴

À vista do exposto, denota-se impreterível o magistério do Desembargador Lourival Almeida Trindade do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, quem, na qualidade de Relator, afirmou:

¹⁸⁴ DE SOUSA, Camilla Maria Goés. **Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia**. Salvador: Defensoria Pública da Bahia, 2015, p. 96.

Por sinal, este relator vê, com certa melancolia, o exacerbado apego, quase fetichista, às decisões dos Tribunais Superiores. Até porque a Súmula 231 não é vinculante. Demais disso, concessa máxima vênia, este relator entende que, em matéria criminal, até a súmula vinculante, só tem razão de ser, se for pro reo.

(...) Assim sendo e assim o é, o pleito do apelante, no que pertine à redução da pena, aquém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, entremostra-se plausível e digno de albergamento, motivo pelo qual se passa, doravante, à nova mensuração da reprimenda, observando-se o art. 65, I do CPB.¹⁸⁵

Em palavras similares, a aplicação da multicitada Súmula é efetuada sem a devida reflexão, mesmo que superficial, dos argumentos utilizados pelo STJ para publicar o comentado enunciado, tampouco dos princípios penais constitucionais responsáveis por resguardar a pessoa humana, os quais são flagrantemente ignorados.

Ocorre que, a partir da fundamentação da decisão, assimilam-se os motivos que levaram o juiz a julgar o feito daquela maneira, que fizeram com que determinado pedido fosse concedido ou negado, em suma, é responsável por elucidar a convicção do julgador.

Nesse sentido, deveras o aplicador do direito expor com clareza os motivos que o conduziu àquele entendimento, não se restringindo ao preceito do STJ que, sublinhe-se, não possui força vinculante, mas, tão somente é dotado caráter persuasivo, razão pela qual, destarte, afirma-se ser preciso mais que isso para se negar a aplicação de princípios tão valorosos ao direito penal, tais como os da individualização da pena, culpabilidade, proporcionalidade, legalidade, entre outros.¹⁸⁶

Nessa linha, à medida que o julgador julga exclusivamente com base no entendimento sumulado, sem se ater minuciosamente aos fatos, bem como demonstrar os motivos pelos quais tomou a vergastada decisão, entende-se que tal conduta também deve ser praticada diante da existência de outra súmula que concede ao acusado uma atenuante de sua pena quando praticar ato que lhe dê esse direito.

Por conta disso, conclui-se que o juiz não pode ser um mero propagador de jurisprudência, mas, inversamente, deve pautar o seu exercício jurisdicional pela força do argumento e da motivação a fim de robustecer e legitimar as suas decisões.

¹⁸⁵ BAHIA, Tribunal de Justiça. Apelação Criminal Nº 119662-28.2009.8.05.0001, Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça da BA. Relator: Lourival Almeida Trindade.

¹⁸⁶ SAMPAIO, Alexandre dos Reis. **Súmula 231 do STJ: uma análise crítica**. 2014, p. 75. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito

Corolário ao exposto, impende redigir o magistério de Nelson Hungria:

Da mesma tribo do técnico-apriorístico é o juiz fetichista da jurisprudência. Esse é o juiz burocrata, o juiz de fichário e catálogo, o juiz colecionador de arestos segundo a ordem alfabética dos assuntos. É o juiz que se põe genuflexo diante dos repertórios jurisprudenciais como se fossem livros sagrados de alguma religião cabalística. Para ele, a jurisprudência é o direito imutável e eterno: segrega-se dentro dela como anacoreta da sua gruta, indiferente às aventuras do mundo. Contra a própria evidência do erro, ele antepõe, enfileirados cronologicamente, uma dúzia ou mais de acórdãos, e tranquilo, sem fisgadas de consciência, repete o ominoso brocardo: *error communis facit jus*. À força de se impregnar de doutrina e jurisprudência, o juiz despessoaliza-se. Reduz sua função ao humilde papel de esponja, que só restitui a água que absorve. Constrói no seu espírito uma parede de apriorismos e preconceitos jurídicos, que lhe tapam as janelas para a vida. Suas decisões semelham, pela ausência de espontaneidade, às declarações de amor decoradas no *Conselheiro dos Namorados*. Enquadrado o seu pensamento nos esquemas fechados do teorismo científico ou do casuismo curial, sua alma se estiola e resseca, impassível aos dramas que vêm epilogar-se nas salas dos tribunais. Não *sente* o direito, que ele só conhece e declara dentro de fórmulas invariáveis e hirtas. Exerce a função tão fria e impessoalmente como o empregado de aduana ao classificar mercadorias sob rubricas de tabela tarifária¹⁸⁷.

A outro tanto, oportuno salientar que, sabiamente, alguns tribunais vêm reconhecendo a inadequação do enunciado 231, o que nos faz crer que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, outrora consolidado e pacífico no ordenamento, tem-se mostrado enfraquecido e repleto de divergências. Assim, impõe-se remeter os recentes precedentes provenientes do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e da 2ª Região, respectivamente:

APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO-LEGAL. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA CONFIGURADA.

(...) O inciso XLVI do art. 5º da Carta Política estabelece o princípio da individualização da pena que, em linhas gerais, é a particularização da sanção, a medida judicial justa e adequada a tornar o sentenciado distinto dos demais. Assim, o Enunciado nº. 231 da Súmula do STJ, ao não permitir a redução da pena abaixo do mínimo legal, se derivada da incidência de circunstância atenuante, data venia, viola frontalmente não só o princípio da individualização da pena, como, também, os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpabilidade. 6. Em consonância com a Constituição Federal de 1988 (Estado Constitucional e Democrático de Direito), e à luz do sistema trifásico vigente, interpretar o art. 65, III, "d", do Código Penal - a confissão espontânea sempre atenua a pena -, de forma a não permitir a redução da sanção aquém do limite inicial, data venia, é violar frontalmente não só o princípio da individualização da pena, como também os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpabilidade.¹⁸⁸

¹⁸⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal v.1.** – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 77, *et seq.*

¹⁸⁸ TRF-1 – ACR: 200634000260137, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Data de Julgamento: 28/10/2010, Terceira Turma, p. 251.

(...) Respeitadas opiniões já tem se levantado no rumo da possibilidade do reconhecimento, ao exemplo da credenciada doutrina de Rogério Greco, sustentando, em síntese, que a vedação da referida redução é fruto de interpretação contra legem. Isto porque, o art. 65 do CP não restringiu a sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal; ao contrário, o mencionado artigo determina que “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”. VII - Fosse a vontade do legislador que se excepcionasse a regra prevista, não teria, o mesmo, lançado mão do advérbio “sempre”, indicando aí o caminho interpretativo e a conclusão possível de que é coerente aplicar-se o dispositivo a toda e qualquer pena aplicada na primeira fase de sua fixação. Mantida a sentença no ponto. VIII – Recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO; recurso de RAQUEL DA COSTA LIMA DESPROVIDO recurso de ELOI DA COSTA LIMA PROVIDO para absolvê-lo na forma do art. 386, VI, do CPP.¹⁸⁹

Por derradeiro, nota-se que muitos acusados têm sido extremamente prejudicados com a manutenção da Súmula 231 do STJ, tendo em vista que, conforme dito reiteradamente, o óbice à aplicação de pena inferior ao mínimo legal, na segunda fase da aplicação da pena, máxime quando a pena-base é fixada no termo inicial, constitui manifesta ofensa ao princípio da legalidade, individualização da pena, isonomia, entre outros, quer porque obsta a cominação de uma pena devida, e proporcional, quer em razão do impróprio tratamento equivalente de condenados desiguais.

Em outros termos, a cominação de circunstância atenuante é uma garantia constitucional e legal do Acusado, ainda que inferior ao mínimo concebido no tipo penal, motivo pelo qual, é inaceitável que tal direito seja refutado por mera arbitrariedade judicial ou, ainda, em razão de preceito jurisprudencial que sequer é vinculante.

5. CONCLUSÃO

Conforme relatado anteriormente, por meio da leitura do art. 59 do Código Penal, verifica-se que o nosso ordenamento jurídico adotou a teoria mista. Teoria esta, também chamada de teoria unificadora da pena ou eclética, prevê que a pena tem diversas finalidades: retribuição ao mal praticado, neutralizar aquele que praticou o delito; reparação, intimidação a eventuais delitos, bem como reforço da confiança ao ordenamento jurídico ou ainda ressocialização. Em síntese, almejam que o agente não reitere a prática de crimes, quando exaurido o período de cumprimento da sanção

¹⁸⁹ TRF-2 – ACR: 200650010071827, Rel. Desembargador Federal Messod Azulay Neto, Data de Julgamento: 23/09/2010, Segunda Turma, p. 2010.

e, por conseguinte, garantir que o agente foi reinserido na sociedade. Com isso, depreende-se que a referida tese é a que mais se adequa à finalidade da pena, tendo em vista, que dentre as demais, tende a valorizar o homem e, simultaneamente, promove a imposição de castigo decorrente do mal ocasionado.

Tão importante quanto à finalidade da pena preconizada na teoria mista, são os princípios penais constitucionais que norteiam a aplicação da reprimenda, destacando-se o princípio da legalidade, da individualização da pena, culpabilidade, proporcionalidade, isonomia e a motivação das decisões. Isto é, observando-se a costumeira negativa de redução de pena para alguém do mínimo legal, em razão de mero preceito não vinculante emanado pela Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, quando a lei e a súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça dispõem de forma contrária, forçoso se concluir que eles são objeto de incontestável afronta.

Diante disso, urge ressaltar a necessidade de os aplicadores da norma penal utilizarem os princípios como parâmetros e modelos, de modo que tenham o alcance mais amplo possível e, conseqüentemente, promoverem a tutela do maior volume de direitos e garantias admitidos.

Por outro lado, em relação ao sistema de fixação da pena e a conseqüente dosimetria desta, em que pese tenha sido apresentada duas propostas, conclui-se, de forma incontroversa, que pela leitura do art. 68 do Código Penal, o nosso ordenamento jurídico adotou àquela sugerida por Nelson Hungria, qual seja, o método trifásico, que se caracteriza por fixar a pena mediante a análise de três etapas distintas.

Assim, diz-se que a primeira etapa, correspondente à fixação da pena-base, é efetuada através aferição das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal que, conforme disposto no art. 59, inciso II, deve ser quantificada dentro dos limites previstos. Sucessivamente, na segunda fase, o magistrado comina as circunstâncias legais atenuantes ou agravantes disciplinadas nos artigos 61 a 66 do Código Penal. Por fim, na terceira e última fase, compete ao juiz, concretamente, apor as causas de diminuição e de aumento dispostas na Parte Geral e Especial.

De outra banda, sublinhe-se que as causas de aumento e de diminuição da pena não devem ser confundidas com os tipos qualificados e os tipos privilegiados, uma vez que, enquanto aquelas constituem um mero aumento/diminuição da pena prevista no

tipo básico, as últimas promovem uma alteração na faixa de fixação da pena, concebendo, assim, um tipo penal incriminador específico.

No entanto, é oportuno consignar que o cerne da discussão, da qual deu ensejo ao presente trabalho, dá-se no tocante a multicitada fase relativa à fixação da pena provisória - circunstâncias atenuantes e agravantes-, sobretudo com a edição da Súmula 231 do STJ, a qual se passou a entender pela inaplicabilidade de atenuante a fim de reduzir a pena abaixo do mínimo legal. Nesse ínterim, questiona-se ainda mais tal impedimento após a edição da Súmula 545 do STJ, a qual, expressamente, confere direito de o Acusado ter sua pena atenuada quando confessado a prática do delito.

A temática mencionada viceja uma estrita análise, pois tal impedimento se baseia numa construção meramente jurisprudencial, haja vista que, legalmente, não existe qualquer previsão que impeça a redução ou a majoração da pena na segunda fase aquém ou além dos limites previstos em abstrato pelo tipo penal secundário.

Dentre as justificativas apontadas por aqueles que entendem pela legitimidade do referido enunciado, destaca-se a leitura do art. 59, inciso II, do Código Penal, segundo os quais, também seria aplicável não apenas a fixação da pena-base, mas também à pena provisória.

Em síntese, evidencia-se que esta percepção jurisprudencial somente seria crível caso adotássemos o método bifásico, porquanto, nesta, a pena base é quantificada mediante a análise simultânea das circunstâncias judiciais com as atenuantes e agravantes.

É mister repreender tal argumento, haja visto que tal preceito é cabível apenas em relação à cominação da pena-base. Enfim, não há motivo para estender a sua aplicabilidade à pena provisória, pois, conforme dispõe o art. 68, aquela é fixada com base nas circunstâncias previstas no artigo 59.

Em outros termos, o legislador é clarividente ao dispor que a pena-base não pode ficar aquém do mínimo legal, tampouco além do máximo em abstrato, sendo tal restrição apenas em relação à primeira etapa, não sendo extensível à determinação da pena provisória.

Ainda sobre os fundamentos suscitados pelos Ministros, depreende-se que o termo “sempre”, previsto no art. 65 do Código Penal, não pode ser interpretada de forma

extrema, dando enfoque a uma interpretação meramente literal em detrimento da interpretação teológica, uma vez que, por este entendimento, as circunstâncias agravantes, disciplinadas no art. 61 do Código Penal, também poderiam exceder o limite máximo do tipo penal.

No que tange a este juízo, infere-se que os supracitados artigos, à medida que tratam de individualização constitucional de pena, constituem-se como normas cogentes, de ordem pública, razão pela qual deve ser obrigatória a sua aplicação, sob pena de violação ao princípio da individualização da pena e a legalidade estrita.

Por conseguinte, outro temor dos Ministros diz respeito à possibilidade de conceder uma ampla discricionariedade aos magistrados, bem como a probabilidade de haver uma indeterminação da pena, o qual seria conflitante com o princípio da reserva legal e o da legalidade.

Com efeito, salienta-se que o legislador, ao editar os dispositivos pretéritos, incorreu, de fato, ampla discricionariedade ao julgador. Contudo, é mister esclarecer que este atributo não é pernicioso ao ordenamento jurídico, mas uma consumação do princípio da individualização da pena.

Nessa linha, oportuno elucidar que a discricionariedade conferida ao magistrado não deve, em hipótese alguma, ser confundida com a arbitrariedade, uma vez que, a contrário sensu, aquela é vinculada a parâmetro legais e normas princípios estabelecidas pelo ordenamento jurídico, a exemplo da razoabilidade e motivação das decisões, os quais podem validar ou não uma sentença. Assim, inversamente ao que nos fazem crer, entende-se plausível a concessão de maior liberdade ao julgador, sendo o mais capacitado para determinar, de forma conveniente, a sanção penal, tendo em vista a sua maior proximidade com o condenado, a vítima e a sociedade lesada.

Ademais, no que diz respeito à suposta ofensa ao princípio da legalidade, cumpre consignar que esta não é lesada em razão da ampla discricionariedade conferida ao julgador, mas sim quando este deixa de fazer o que a lei, expressamente, consentiu, a exemplo do impedimento de as circunstâncias legais atenuarem a pena aquém do mínimo ou agravarem além do máximo.

Nesta esteira, afirma-se que o princípio da legalidade constitui uma autêntica garantia política que se justifica para resguardar o cidadão em face dos excessos do Estado e não para pretextar atos arbitrários contra o Acusado.

Outrossim, cumpre salientar que a Súmula 231 também constitui numa evidente afronta ao princípio da isonomia, uma vez que implica em tratamento similar para condenados desiguais. Vale dizer, o que falar para o agente, que primário e de bons antecedentes, confessa o delito e não ver reconhecida essa atenuante em seu favor, enquanto outrem, nas mesmas circunstâncias, se abstém de tal conduta?

É forçoso constatar que se tem tornado comum o Acusado deixar de usufruir a atenuante decorrente da confissão, conquanto lhe tenha sido garantido não apenas pelo magistrado, mas pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, ao editar a recente Súmula 545.

Nessa toada, é inaceitável que o magistrado, corolário ao enunciado preceituado pelo STJ, apenas por conveniência, deixe de considerar a incidência de circunstância atenuante aquém do mínimo legal, quando, de forma adversa, o legislador, expressamente, conferiu a sua obrigatória aplicação.

Por conta disso, assenta-se que o juiz, ao invés de ser um mero propagador de jurisprudência, deve pautar o seu exercício jurisdicional pela força do argumento e da motivação a fim de que suas decisões sejam robustas e legítimas. Afinal, se do contrário agisse, por que também não aplicar o enunciado 545 do Superior Tribunal de Justiça?

Por derradeiro, exsurge clara e insofismável que a redução da pena abaixo do mínimo legal, na segunda fase da aplicação da pena, quando cabíveis circunstâncias atenuantes, constitui-se como um direito subjetivo do imputado, devendo, assim, sempre atenuar a reprimenda, em respeito ao princípio da individualização da pena.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios penais da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ARAÚJO, Fábio Roque. **O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

ARIEL, René. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: UNB, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAHIA, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.. **Apelação Criminal nº 119662-28.2009.8.05.0001**, Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal, Relator: Lourival Almeida Trindade. Acesso em 01 dez. 2015.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal – Parte Geral**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

_____. _____. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1.

_____. **Código Penal Comentado**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

BONAVIDES, Paulo. **O Princípio Constitucional da Proporcionalidade e a Proteção dos Direitos Fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, vol. 34, 1994.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BOZZA, Aline Cassiam, **Análise sobre a constitucionalidade da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/121859/AN%C3%81LISE%20SOBRE%20A%20CONSTITUCIONALIDADE%20DA%20S%C3%9AMULA%20231%](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/121859/AN%C3%81LISE%20SOBRE%20A%20CONSTITUCIONALIDADE%20DA%20S%C3%9AMULA%20231%20)

20DO%20SUPERIOR%20TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C3%87A%20PDF.pdf?sequence=1. Acesso em 02 de mar de 2015.

BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 20 mai. 2015.

_____. **Lei nº 10.792**, de 01 de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília, DF, 27 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm> Acesso em 14 nov. 2015.

_____. **Lei nº 8.137**, de 27 de dezembro de 1990. Define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF, 27 de dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm. Acesso em 14 nov. 2015.

_____, **Decreto-Lei nº 2.848** de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 05 mai. 2015.

_____, **Lei 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, DF, 07 de ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 27 out. 2015.

_____, **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 25 mai. 2015.

_____, **Súmulas do Supremo Tribunal Federal**, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=jurisprudenciaSumula>> Acesso em: 26 out. 2015.

_____, **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualização=RESUMO&menu=SIM>. Acesso em: 04 mar. 2015.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 49.500/SP**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Luiz Carlos Bonfatti. Relator: MinAssis Toledo. Brasília, Dj 15ago. 1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400166222&dt_publicacao=15-08-1994&cod_tipo_documento=>> Acesso em: 22/11/2015.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 9.719/SP**. Impetrante: Ana Maria Comin. Impetrado: Décima Segunda Câmara do Tribunal de Justiça de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Paciente: Gilberto da Silva Oliveira. Relator. Min Fernando Gonçalves, Relator. para Acórdão Min.Vicente Leal. Brasília, DJ 25 out. 1999. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900484258&dt_publicacao=25-10-1999&cod_tipo_documento=> Acesso em: 22/11/2015.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 146.056/RS**. Recorrente: Siham Bowanani. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator. Min.Felix Fischer, Brasília, DJ10 nov. 1997. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700604985&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=> Acesso em: 22/11/2015.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 15.691/PR**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Roberto Carlos da Silva e outros. Rel. Min.Pedro Acioli, Rel. para Acórdão Min.Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DJ03 mai. 1993. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100212121&dt_publicacao=03-05-1993&cod_tipo_documento=> Acesso em: 22/11/2015.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1269574/SP**. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DJ02 jun. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1412254&num_registro=201101920018&data=20150602&formato=PDF> Acesso em: 23 nov. 2015.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1412043/MG**. Relator: Min. Sebastião Reis Junior. Brasília, DJ 19 mar. 2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1389598&num_registro=201303512931&data=20150319&formato=PDF> Acesso em: 23 nov. 2015.

_____, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Criminal nº200634000260137**, Terceira Turma. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto, DJ 28 out. 2010.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte geral – Pena e medida de segurança**. t. 3. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Comentários ao código penal. v. II. Arts. 28 a 74**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**. T. II. Bogotá: Temis, 2000.

_____. **Programa del Curso de Derecho Criminal**. v.1. Buenos Aires: Depalma, 1944.

_____. _____. v.2. Buenos Aires: Depalma, 1944.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo**. 2ª ed, ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução ao direito penal**. Salvador: JusPodvim, 2009.
DE SOUSA, Camila Maria Goés. **Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia**. Salvador: Defensoria Pública da Bahia, 2015.

DE JESUS, Damásio. **O juiz pode, em face das circunstâncias atenuantes genéricas, fixar a pena aquém do mínimo legal abstrato?**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/956/o-juiz-pode-em-face-das-circunstancias-atenuantes-genericas-fixar-a-pena-aquem-do-minimo-legal-abstrato>> Acesso em 23 nov. 2015.

Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em 27 out. 2015.

DELMANTO, Celso, **Código penal comentado**. 7ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal – Parte geral – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime**. t. 1. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FELDES, Luciano. **A constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. Salvador: Juspodvim, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. v. 1.

_____. **Curso de Direito Penal – Parte geral – V.1 – art. 1º a 120 do Código Penal**. 16ª ed. Niterói: Impetus, 2014.

_____. **Código Penal comentado**. Niterói: Impetus, 2008.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal v.1**. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JAKOBS, Gunther. **Fundamentos do Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

KUEHNE, Maurício. **Teoria e Prática da Aplicação da Pena**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Pena – Composição e Arte, 2003.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. II.

MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação**. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. – 20. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade**. – Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Fernanda Carolina Silva de. **O que se entende por prisão simples?**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091103160118421>. Acesso em: 25/05/2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**, 26 de agosto de 1789. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 01/12/2015.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights-/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>> Acesso em: 01 dez. 2015.

PARANÁ, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Criminal nº 2289583**, Terceira Câmara Criminal. Relator: Maria José Teixeira, julgado em 02 out. 2003. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6395972/apelacao-crime-acr-2289583-pr-0228958-3/inteiro-teor-12513493>>, Acesso em 24 nov. 2015.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Crimenº 70025858713**, Sexta Câmara Criminal. Relator: Nereu José Giacomolli, julgado em 30 abr. 2009. Acesso em 29 nov. 2015.

ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

SAMPAIO, Alexandre dos Reis. **Súmula 231 do STJ: uma análise crítica**. 2014. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal – Parte geral**. 5ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2012.

_____. _____. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 7ª ed. Salvador: Saraiva, 2012.

_____. **Princípios penais constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal**. 1ª ed. Salvador: Saraiva, 2007.

SILVA FRANCO, Alberto. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v.1.

SILVA, Carlos Eduardo Passos. **A Discricionariedade do Juiz na Aplicação da Pena**. – Diké – Santa Cruz: Revista jurídica do curso de direito da UESC – ano 6, 2004.

SILVA, Igor Luís Pereira e. **Princípios penais**. Salvador: JusPodivm, 2012.

SINOSINI, Giovanni Carvalho, **Evolução da pena de prisão e os sistemas penitenciários**. Disponível em: http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol7_n3_2013/3evolucaohistoricadape nadeprisaoeossistemaspenitenciarios.pdf. Acesso em 02 de mar. 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VILLAR, Saldanha Alice. **O reconhecimento da confissão espontânea do réu na jurisprudência do STJ: nova Súmula 545**. (Artigo). Disponível em: < http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-reconhecimento-da-confissao-espontanea-do-reu-na-jurisprudencia-do-stj-nova-sumula-545,54909.html#_ftn2>.

Acesso em 25 fev. 2018.