

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**DOSIMETRIA DA PENA: SISTEMA TRIFÁSICO E A POSSIBILIDADE DE
REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE**

Matheus Varela Ribeiro

Presidente Prudente/SP
2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**DOSIMETRIA DA PENA: SISTEMA TRIFÁSICO E A POSSIBILIDADE DE
REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE**

Matheus Varela Ribeiro

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Claudio José Palma Sanchez.

Presidente Prudente/SP
2019

**DOSIMETRIA DA PENA: SISTEMA TRIFÁSICO E A POSSIBILIDADE DE
REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Claudio José Palma Sanchez
Orientador

Larissa Aparecida Costa
Examinadora

Renê Robson Falcão de Moraes
Examinador

Presidente Prudente, 25 de novembro de 2019.

“O temor do Senhor é o princípio do conhecimento.”

Provérbios 1:7

“Dedico o presente trabalho aos meus, em especial minha Mãe Iracy e meu Pai Mauro, sendo que este último, hoje não está mais entre nós, entretanto, iremos se encontrar novamente em Glória.”

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo quero agradecer a Deus por ser Aquele que tem me sustentado até aqui, e que me deu esta oportunidade de concluir mais uma etapa estudantil em minha vida.

Quero agradecer desde já a meus familiares, em especial minha mãe Iracy por estar comigo em todo tempo, colocando meus estudos muitas das vezes como prioridade para com ela. Ao meu irmão Juliano, por estar comigo em todos os momentos acadêmicos, desde dar caronas até mesmo em tirar dúvidas de notório saber jurídico.

Ao meu pai que aqui não está mais, porém levarei no meu coração por toda minha vida. E por fim, e não menos importante, minha irmã Rita e meu cunhado Wesley, bem como seus filhos Pedro e Gabriela, por estarem sempre me dando apoios, por me apoiarem e me incentivarem a continuar com a luta acadêmica.

Aos meus amigos, Luiz Victor Ros, Vinicius Araújo, Pedro Prates, Leonardo Matricadi, Pedro Artoni, e todos os colegas pertencentes ao grupo "STF", pessoas estas, que sempre estiveram ao meu lado, proporcionando grandes momentos.

Finalmente, deixo meu salve em especial a estes, queria elencar mais pessoas, todavia não quero esquecer de ninguém, e assim, agradeço a todos aqueles que estiveram comigo até aqui, muito obrigado.

RESUMO

Este estudo tem por finalidade, o esclarecimento do desdobramento da aplicação da pena no sistema penal brasileiro, em face das aplicações das penas, em especial as privativas de liberdade. O juiz se valerá de alguns critérios fixados em lei como guias para a aplicação da devida pena, segundo o ordenamento jurídico vigente. A teoria adotada pelo Código Penal é o sistema trifásico, que se respalda em três fases na qual o juiz se a fim de prolatar a pena em concreto. Na primeira fase o magistrado deverá ter observado às circunstâncias judiciais do agente, tanto favoráveis quanto desfavoráveis, para assim se encontrar a pena-base (artigo 59 CP). Em seguida, na segunda etapa, o foco do estudo se desdobra neste momento da confecção da dosimetria. O magistrado ao se deslumbrar com alguma circunstância que agrave a pena (artigos 61 e 62 do CP) não poderá ir além do máximo abstrato contido no tipo penal, em contra partida, se o agente gozar de alguma circunstância atenuante (artigos 65 e 66 do CP) não poderá ter sua pena reduzida aquém do mínimo legal, em razão de haver entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça neste sentido (súmula nº231). De passos largos é nítida a grande afronta a alguns princípios constitucionais, sendo debatidos até os dias de hoje. Posto isso, em razão do Estado estar em uma posição superior ao do cidadão, é de suma importante se garantir então o *jus puniende*, na ótica pautada nos direitos fundamentais, consagrados na nossa Carta Maior. Ora, o agente possuidor de uma atenuante genérica teria assim o direito de redução aquém do mínimo legal, para não ocorrer violações aos seus direitos constitucionais, mais especificadamente, os consagrados princípios da individualização da pena, legalidade e isonomia, proporcionalidade e culpabilidade, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido diverso deste estudo. Abordando-se assim o presente trabalho os pontos pelos quais a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça se fazer inconstitucional, e por fim, a terceira etapa da dosimetria da pena, com a análise das causas de aumento e diminuição de pena, que estão previstos por toda parte especial do Código Penal. Para assim se chegar à pena em concreto.

Palavras-chave: Aplicação da Pena. Sistema Trifásico. Súmula nº 231 do STJ. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

This study has purpose, the clarification of the unfolding of the application of the penalty in the Brazilian penal system, in view the application of the penalty, especially the deprivation of liberty. The judge will use some criteria set by law as guides for the application of due penalty, according to the current legal system. The theory adopted by the Penal Code is the three-phase system, which is supported by three stages in which the judge is in order to create the specific penalty. In the first phase the magistrate must have observed the judicial circumstances of the agent, be favorable or not, to find the basic penalty (article 59 CP). Then, in the second stage, the focus of the study is unfolds in this moment of the dosimetry confection. The magistrate when dazzled by some circumstance that aggravates the penalty (article 61 and 62 of the CP) can't go beyond the abstract maximum contained in the penalty type, in return, if the agent enjoys any attenuating circumstances (article 65 and 66 of the CP) can't have your penalty reduced, because there is understanding as a guide to the other courts. The big affront to some constitutional principles is clear, being debated to this day. That said, because the state is in a higher position than the citizen, it is very important to make sure then the right to punish, from a fundamental rights perspective, consecrated in our Major Charter. The agent possessing a generic attenuator would thus have the right of reduction below the legal minimum, to not violate their constitutional rights, more specific in the established principles of individualization of the penalty, legality, isonomy, proportionality and culpability, since the Superior Court of Justice has positioned itself in a different sense of the inverse positioning. Thus approaching the present work the points by which , addressing the present work, the points by which an STJ Precedent 231 becomes unconstitutional, and finally, the third stage of feather dosimetry with the analysis of the causes of penalty by analyzing the causes of the increase and decrease of the penalty, which are provided for in every special part of the Penal Code. Which are provided for in every special part of the Penal Code. To get a concret penalty.

Keywords: Application of the Penalty. Three phase system. Precedent No. 231 of the STJ. Constitutional principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA APLICAÇÃO DA PENA	12
2.1 Estrutura da Dosimetria da Pena e suas Vertentes	12
2.1.1 Primeira Fase	13
2.1.2 Segunda Fase	15
2.1.2.1 Circunstâncias Agravantes	16
2.1.2.2 Circunstancias Atenuantes.....	19
2.1.3 Terceira Fase	21
2.1.3.1 Causas de Aumentos de Pena	22
2.1.3.2 Causas de Diminuição de Pena	22
2.1.3.3 Qualificadoras e Privilégios	23
3 SÚMULA Nº 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	24
3.1 Breve Relato da Súmula nº 231 do STJ.....	24
3.2 Análise da Súmula nº 231 do STJ	25
4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	30
4.1 Princípio da Individualização da Pena.....	30
4.2 Princípio da Legalidade	34
4.3 Princípio da Isonomia	38
4.4 Princípio da Proporcionalidade.....	39
4.5 Princípio da Culpabilidade.....	41
5 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

É sabido que a sociedade brasileira é resguardada por finitas leis, nas quais condicionam determinadas condutas, tanto antijurídicas com também a forma na qual devem ser aplicadas as penas, na hipótese em que o agente calhe sobre determinado elemento do tipo, para se assim, caracterizar o ilícito penal.

A Carta Magna trouxe para os cidadãos brasileiros e aqueles que façam sua vez, os direitos e garantias fundamentais, sobrevivendo à sociedade no ano de 1988. Sendo assim, o meio pelo qual o Estado se valeu para a criação destas normas que regulamentam condutas antijurídicas foi por meio do Código Penal, taxando os delitos, as penas e a forma com a qual o Estado se vale para atingir a coerção penal mais justa.

Para se atingir a pena em concreto, o Código Penal adotou o sistema trifásico de aplicação de pena. Na primeira fase, o magistrado ao se contempla na conduta com a qual o réu fora indiciado, deve-se juntamente com o tipo penal a apuração da pena-base, que está contida no próprio tipo penal, em seguida, analisa se há alguma causa na qual agrave ou que atenuie a pena do delituoso. E por último, se atenta as causas de aumento e diminuição de pena, para finalmente se chegar à pena em concreto justa, na medida das qualidades subjetivas do réu e circunstâncias do fato criminoso.

De fato, o Enunciado Sumulado nº 231 do Superior Tribunal de Justiça corre em sentido oposto, ao defender a tese de que os réus pela prática de condutas antijurídica não desfrutariam da individualização da pena, nas hipóteses em que pelo uso de circunstâncias atenuantes a pena fosse conduzida abaixo do mínimo legal, no momento de fixação de pena em sede de segunda fase de fixação da pena.

Ante o exposto; inquieta deveria ser a posição do operador do direito ao se deparar com direitos fundamentais coligados com o direito de liberdade do cidadão sendo violados de forma ilegal, por quem deveria prestar a devida justiça, acarretando então, na atuação do Poder Judiciário impossibilitando a redução da pena aquém do mínimo legal.

Data Vênia, verifica-se a grande divergência que há sobre o tema supra em nosso sistema jurídico, por conta disso, este estudo analisou a legitimidade do enunciado sumulado nº 231 do STJ de acordo com os princípios constitucionais da individualização da pena, da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade e da

culpabilidade, para se auferir sua inconstitucionalidade. Sendo justificado esse trabalho por conta da sua relevância, que se faz evidente em nosso ordenamento jurídico.

A metodologia escolhida para tal artigo foi à dedutiva, onde a pesquisa bibliográfica, bem como a análise de casos concretos se tornam imprescindíveis.

2 DA APLICAÇÃO DA PENA

O direito penal se vale da dosimetria da pena para fazer se materializar a pena em abstrato figurada no tipo penal no mundo fático, ou seja, através da dosimetria da pena a vontade do legislador se realiza no mundo fático por meio da coerção penal (CAPEZ, 2017). Sendo assim, passamos a destrinchar a dosimetria da pena.

2.1 Estrutura da Dosimetria da Pena e suas Vertentes

Inicialmente, é necessário se fazer as devidas apresentações da atuação do magistrado no momento de fixação da pena. Sua atuação é respaldada pelo Código Penal de 1940. Por ser a sentença o findar do processo penal, esta traz ao mundo fático a realização da Lei Penal, com a aplicação da pena, o Juízo deve ter sua atenção redobrada neste momento do processo, pois aqui ele decide sobre o condenado o valor da multa (quando houver), a pena restritiva de direito, a Medida de Segurança na medida da periculosidade do agente, regime inicial do cumprimento da pena e o tempo em que o condenado terá seu direito de liberdade cessado. Entendendo a importância da dosimetria da pena Nucci (2007, p. 46) aponta:

Trata-se de um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, através do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei.

Neste íterim, é de suma importância ser citado as circunstâncias do crime, geralmente este se manifesta de forma accidental, como leciona Nucci, (2007, p.50) afirma que a “Circunstância é uma particularidade ou um elemento accidental que acompanha determinada situação”. Uma vez ocorrendo a falta de alguma circunstância a pena do indiciado pode ter um desfecho diferente do qual teria se tivesse outra circunstância, ou seja, com a falta de determinada circunstância a pena do condenado pode ser atenuada, sendo o oposto verdadeiro.

No entanto, é necessário se atentar que tais circunstâncias não podem incidir sobre os elementos do tipo penal, e muito menos ainda sobre circunstâncias

judiciais, pois há fases oportunas para serem apuradas, assim preconiza Gomes e Molina (2007) que as elementares se manifestam em regra taxadas no *caput* do artigo, já as circunstâncias são taxadas, em regra nos parágrafos. “Elementar é todo comportamento essencial da figura típica, sem a qual esta desaparece (atipicidade absoluta) ou se transforma (atipicidade relativa)” (CAPEZ, 2017, p. 475). E por circunstância “é todo dado secundário e eventual agregado à figura típica, cuja ausência não influencia de forma alguma sobre a sua existência” (CAPEZ, 2017, p. 475).

Ainda, para Nucci (2007, p.163-164) o sistema trifásico é previsto em três fases para evitar embaraçamento entre as circunstâncias, como seu uso de quantidades e proporções alheias, sem qualquer observância a parâmetros estabelecidos pelo legislador.

Segundo Nucci (2007, p. 157):

[...] escolhida pena-base, na primeira fase, o próximo passo do julgador é levar em conta as causas genéricas de elevação ou redução da pena, sem romper mínimo e máximo, para, então, atingir a terceira fase, quando deverá obedecer aos comandos normativos para aumentos e diminuições em quantidades pré-estabelecidas, pouco importando, então, que sejam ultrapassados os limites abstratos do preceito secundário. Foi o critério eleito pelo Código Penal, embora possa não ser o melhor.

A dosimetria da pena segundo o Código Penal brasileiro é norteadada pelo sistema trifásico, que consiste basicamente na ideia de que o juiz passará por três etapas antes de aplicar a pena em concreto ao réu. Este trabalho tem por finalidade analisar apenas a apreciação da pena privativa de liberdade sem aplicação de multa.

2.1.1 Primeira fase

Na primeira fase, o juiz deve se atentar obrigatoriamente ao tipo penal no qual o agente infrator foi incurso, ao ser observado o tipo penal, o juiz toma como marco a pena mínima em abstrato cominado ao delito, partindo-se então como pena-base (ANDRADE, 2009). Ademais, o magistrado deve neste momento considerar atentamente as circunstâncias judiciais contidas no artigo 59 do Código Penal, são elas: a culpabilidade do agente, aos antecedentes, à conduta social, à sua personalidade, os motivos pelos quais o levou à prática delitativa, circunstâncias do evento delituoso, as consequências e o comportamento da vítima.

É de suma importância tocar nas ideias trazidas por Barros (2001), o autor sustenta que nesta fase, o juiz está vinculado a legalidade estrita, sendo inadmissível a possibilidade de reconhecimento subjetivo, que aumenta o grau de discricionariedade do magistrado, em segundo lugar a análise das circunstâncias objetivas deve ser feita na fixação da pena-base.

Assim, dispõe o artigo 59 do Código Penal de 1940:

Art. 59. - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

Ainda segundo Boschi (2000), a fase judicial não é uma fase estanque da individualização da pena, mas sim dinâmica, com atuação em conjunto entre legislador e magistrado, em virtude de que cada qual possui sua competência, sendo o primeiro com a criação da figura típica e o último com a aplicação no caso concreto.

Abaixo, elencaremos, a ótica do juiz em relação a aplicação da pena base, segundo o artigo 59 do Código Penal, conforme a citação acima.

A primeira circunstância judicial é a culpabilidade, e por esta, entende-se como o grau de reprovabilidade da conduta ilícita do agente frente ao bem jurídico violado, sendo feito sobre ela um juízo de reprovação. A valoração deste juízo também poderá incidir em outras etapas do sistema trifásico (GOMES e MOLINA, 2013). Posto por Barros (2001, p. 122) “[...] que este foi o critério de definir a medida da pena segundo o qual cada pessoa tem o direito de ver na pena que lhe foi imposta a medida de sua culpabilidade.”

Na sequência, refere-se aos antecedentes do agente ou antecedentes criminais do criminoso, são os delitos praticados pelo agente julgado em questão, frisa-se que apenas valerá como antecedentes os crimes praticados anteriores ao fato julgado e também o bom comportamento do agente em sua vida pregressa. (CAPEZ, 2017).

Doravante, a conduta social refere-se ao passado e a vida social do condenado, podendo ser ilustrada com o exemplo de como o condenado se relaciona no seu ambiente de trabalho, familiar e vizinhança (JESUS, 2014).

Também, a personalidade do agente, entendendo que esta circunstância está ligada intimamente ao psicológico ou quadro psiquiátrico da personalidade do condenado (ESTEFAM, 2017).

Outro fator, são os motivos do crime que se referem as informações pelos quais conduzem o agente à atuação criminosa, ou seja, o psicológico do agente antes da atuação criminosa, não podendo ser confundidas com os elementos do tipo penal (ESTEFAM, 2017).

Conjuntamente, são as circunstâncias do crime. Elementos acidentais que estão ao redor do delito, por exemplo, o local do crime, duração do crime, instrumentos do crime e relação de amizade entre vítima e criminoso, como tecida acima. As circunstâncias do crime não podem ser confundidas com outros institutos penais que são as agravantes e as atenuantes, data vênua, serão analisadas em momento oportuno (CAPEZ, 2017).

Outrossim, as consequências do crime, que nada mais é que à consequência social do delito, importando tanto na vida da própria vítima quanto no seu meio social e a intensidade da lesão jurídica causada pelo delito (ANDREUCCI, 2012).

Por último e não menos importante, o comportamento da vítima, segundo Jesus (2014) muitas vezes o comportamento da vítima pode influenciar diretamente no agir do criminoso, a finalidade aqui é dosar a pena do condenado, dependendo da influência da vítima no crime, o juiz poderá reduzir a pena do condenado.

Finalmente, em sede de primeira fase de fixação de pena, o magistrado, analisando as circunstâncias narradas, deverá estabelecer à pena-base, sendo de suma importância ser citado que à valoração das circunstâncias judiciais é pautada unicamente no critério subjetivo de valoração do julgador. Em razão do supracitado, ao ser apreciado qualquer destas, o magistrado deverá fundamentar sua decisão e indicar a razão a qual o influenciou a acatar tal circunstância e o mesmo raciocínio vale quando não vislumbrar alguma. (GOMES e MOLINA, 2007).

2.1.2 Segunda fase

Após à fixação da pena-base, partiremos para a próxima etapa, que é à segunda fase da dosimetria. O juiz ao se deleitar em face das circunstâncias

agravantes e atenuantes, com o intuito de embolsar situações que agravam ou atenuem a pena-base do acusado, inclina seu olhar as circunstâncias agravantes que estão previstas entre os artigos 61 e 62 e as atenuantes nos artigos 65 e 66 do Código Penal.

Nas palavras Guilherme Nucci (2007, p.153) “às circunstâncias legais são todas as particularidades que podem envolver a prática do delito (fato e autor), devidamente previstas em lei, logo, cuja descrição é feita pelo próprio legislador na elaboração da norma penal.”

2.1.2.1 Circunstâncias Agravantes

São circunstâncias que sempre agravam a pena, segundo os artigos 61, 63 e 64 do Código Penal:

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

I - a reincidência

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

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

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

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

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

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

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

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

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

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

l) em estado de embriaguez preordenada.

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

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

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

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

As circunstâncias agravantes legais genéricas são aplicadas a qualquer tipo penal, desde que não configurem elementares do tipo penal. Caso uma conduta típica seja composta com alguma circunstância genérica o magistrado analisa a seu juízo de censura, bem como a exposição dos seus motivos, e assim agravar a pena do condenado, na medida da sua valoração e também acompanhada com a justa motivação.

A primeira agravante é a reincidência, segundo a ideia trazida por Busato (2018) ocorrerá a reincidência quando o agente praticar um novo crime após ser condenado com o trânsito em julgado, por crime anterior ao fato criminoso no qual está sendo julgado, art. 63 do Código Penal. Porém, para se usar essa agravante, o agente não pode ter vencido o período quinquenal (depurado), que são 5 (cinco) anos após o cumprimento de pena.

Outro agravante são os motivos do crime. Para Andreucci (2012, p.167) “Motivos do crime são as razões que ensejaram a prática delitiva, tais como a revolta, sentimento de honra ferido, amor à família ou à pátria, gratidão, cobiça, amor, vingança luxúria etc.”

Na sequência é o motivo fútil, que figura como aquele sentimento no qual o condenado age motivado pela falta de importância para com o sujeito passivo, que julga em sua conduta ou por ser mesquinho, ou por achar insignificante ou atuar de forma desproporcional do ponto de vista do homem médio (ESTEFAM, 2017).

Também o motivo torpe, que se manifesta através da maldade, da vingança (não é pacífico na doutrina se a vingança caracteriza motivo torpe ou não), ofensa à moralidade, desprezível, egoísmo, vil e ao sentimento ético comum (BUSATO, 2018).

Finalidade de assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem do crime, também se apresenta como agravante. O agente atua de forma que facilite ou assegure a execução do crime que está para ser executado ou que já deu início (BUSATO, 2018).

Outro agravante é a traição, que se manifesta com a violação sobre à confiança da vítima, a emboscada ocorre quando o agente guarda campana para praticar o ilícito, dissimulação ou qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. Fitamos que este inciso fala por si só, em sede de importância, deve-se capturar o recurso pelo qual o agente atuou para à prática delitiva para assim o punir mais rigorosamente (CAPEZ, 2017).

Na sequência, o emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou que possa resultar perigo comum, pelo meio insidioso entende-se como à conduta que impossibilita o ofendido de evitar o crime, pelo meio cruel, é aquele que recai ao ofendido sofrimento maior do que o necessário para a prática delitiva, e por fim, o meio que resultar perigo comum é aquele que traz perigo além da pessoa do ofendido, atingindo o meio social, podemos exemplificar como o explosivo utilizado para detonar as travas de segurança de determinado cofre de banco para assim poderem saquear. O perigo em questão deve atingir número indefinido de pessoas (LEAL, 1998).

Da mesma forma crimes cometidos contra ascendentes, descendentes, cônjuge ou irmão, também é uma modalidade de agravante, neste caso, os sujeitos passivos do crime são os entes familiares do sujeito ativo, ascendente, descendentes cônjuge e irmão, há uma facilitação a mais na prática do ato ilícito, pois não se é esperado a conduta ilícita de alguém que convive na vida privada ou familiar, conseqüentemente a vigilância se esvai (LEAL, 1998).

Outrossim, é o abuso de autoridade (se manifesta nas relações privadas) ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, à ideia trazida aqui pelo legislador é que as pessoas nessas qualidades têm uma facilitação a mais ao ato ilícito, pois o agente se aproveita de sua condição para assim usar da conduta ilícita (LEAL, 1998).

Doravante, o abuso do poder ou violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério ou profissão. A agravante em tela se refere aos funcionários públicos quando se trata de cargo ou ofício. O ministério por sua vez, entendemos como atividade de natureza religiosa, para incidir tal agravação o agente deve se valer do cargo, ofício, ministério ou profissão para a realização do crime. Porém, tal dispositivo não se opera quando ocorre crime de abuso de autoridade prevista na Lei n.º 4.898/65 (BUSATO, 2018). Em relação à profissão, esta nos remete a qualquer atividade exercida por alguém

Outro fator, é o crime contra criança, sujeito maior de sessenta anos, enfermo ou mulher grávida. A finalidade desse gravame é qualificada pela falta de resistência da vítima à prática criminosa, em razão destas pessoas estarem no patamar de vulneráveis, uma vez que não possui grandes atributos para se defenderem dos artifícios delituosos (JESUS, 2014).

No sentido das agravantes, quando ofendido está sob a proteção de autoridade, caracteriza-se pela situação na qual o ofendido está sobre à tutela de alguma autoridade competente e assim tem sua defesa reduzida (BUSATO, 2018). Ainda, Gonçalves (2016), traz a hipótese do desrespeito a autoridade que está tutelando o agente que tenha seu direito violado.

Também é agravante nas ocasiões de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou de desgraça particular do ofendido, nestas ocasiões, a pena do condenado se agrava, porque se exige da coletividade uma atuação mais solidária, e não a possibilidade de facilitar a prática delitiva. Nas hipóteses narradas acima, se espera que à vítima esteja em uma situação de vulnerabilidade, facilitando assim a atuação criminosa (BUSATO, 2018).

Finalmente em estado de embriaguez preordenada, vemos aqui que não são as mesmas hipóteses do artigo 28 do Código Penal, que é aquela em que exclui a imputação penal em caso de embriaguez completa por ação fortuita ou por força maior, mas sim à situação na qual o sujeito se vale de substâncias psíquicas ativas que afastar os freios inibitórios do homem comum (ESTEFAM, 2017).

Ainda, há o artigo 62 do código Penal que traz mais algumas hipóteses na qual o agente terá sua pena agravada:

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:
I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
II - coage ou induz outrem à execução material do crime;
III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Neste sentido, se tem o concurso de pessoas, essa espécie de agravante se estende nas hipóteses de organização ou cooperação (autor intelectual), coautoria e participação delitiva com dois ou mais agentes, a pena será agravada de acordo com o caso concreto.

2.1.2.2 Circunstâncias Atenuantes

Conforme enfatizado, as circunstâncias atenuantes não podem se confundir com os elementos do tipo penal, ou seja, atuam de formas subsidiárias, são

usadas justamente na segunda fase de fixação de pena. O rol mencionado nos artigos 65 e 66 do Código Penal são apenas meramente exemplificativos.

São circunstâncias que sempre atenuam a pena, segundo os artigos 65 e 66 do Código Penal de 1940:

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

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

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

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

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após 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.

A primeira refere-se ao menor de vinte e um anos na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença, neste caso, a pena deve obrigatoriamente ser atenuada. A menoridade se refere a data da prática fato antijurídico, já a segunda, se refere a idade da pessoa na data da prolação da sentença (ANDREUCCI, 2012).

No desconhecimento da lei, não se confunde com erro de proibição, este também é uma atenuante, o fato do agente não ter ciência da lei, todavia não o exime de arcar com suas responsabilidades, porém atenua sua pena (CAPEZ, 2017).

Os motivos do crime, também são circunstâncias que sempre atenuam a pena, sendo dois motivos; quais sejam relevante valor moral que se alude como seu interesse subjetivo do agente ativo, e o segundo o valor social que se relaciona com os interesses da sociedade, em uma visão do homem médio (CAPEZ, 2017).

Ainda há, a possibilidade de o agente procurar por espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano. Essa possibilidade de atenuação da pena tem a finalidade de estimular a atitude de reparar o dano. Diferente do art. 15 do CP, que aqui o agente não tentou evitar a consumação do delito, como ocorre na desistência voluntária e no arrependimento eficaz (CAPEZ, 2017).

Outra hipótese de atenuação, é quando o agente comete o crime sob coação, tal coação é passível de resistência, também conhecida como coação física ou moral, ou cumprimento de ordens dadas por autoridade de superioridade hierárquica, ou sob violenta emoção, ou por provocação injusta da vítima, são causas que atenuam a pena segundo o próprio Código Penal.

Outra forma de atenuação é quando o agente criminoso confessa espontaneamente a autoria do crime perante a autoridade policial ou judicial, neste caso atenua a pena. Corroborando com a ideia de atenuar a pena, que há na Súmula nº 545 do STJ, diz que a confissão que ajudar no convencimento do magistrado será usada para atenuar a pena.

A Súmula nº 545 do Superior Tribunal de Justiça (STJ, s.d., s.p.) dispõe o seguinte: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal”.

Em razão desta recente súmula, podemos concluir que o sistema que impossibilitava a redução abaixo no mínimo legal em sede de segunda fase de fixação de pena, deve ser no mínimo debatido novamente, pois o próprio Poder Judiciário caiu em contra senso ao dizer que o condenado fará jus a atenuação da pena quando sua confissão influenciar a convicção do magistrado (ESTEFAM, 2017).

A atenuante ocorre também com o cometimento do fato em caso de influência de multidão em tumulto, nas hipóteses em que o agente não concorreu para o início do caos, neste caso o indivíduo pode ser influenciado pelas pessoas que estão em meio ao tumulto, fato que reduz a sua culpabilidade.

É o que dispõe o artigo 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 última atenuante são as circunstâncias inominadas ou cláusula aberta. Segundo Busato (2018) são aquelas circunstâncias em que o Código Penal não trouxe expressamente, possibilitando que o magistrado as reconheça *ex officio* ou quando arguida pela parte interessada. O uso desta atenuante só é legal nas hipóteses em que não se tem qualquer relação com o tipo penal, nem com circunstâncias judiciais, nem com atenuantes previstas no art. 65, do Código Penal e muito menos correlacionadas com causas de diminuição de pena.

2.1.3 Terceira Fase

Tendo o magistrado passado por toda essa triagem, vimos, na primeira fase que se obteve a pena-base, e na segunda fase a pena provisória, partindo-se então para a terceira fase. A terceira fase se manifesta por meio do aumento (majorante) ou diminuição (minorante) de pena em forma de frações ou em quantidade certa, com a teleologia de contemplar causas que aumentaram ou causas que diminuem a pena do inculpatado (SANCTIS, 2014).

Todas as causas que possam aumentar ou diminuir a pena do condenado estão espalhadas entre a parte Geral e a parte Especial do Código Penal. Podemos exemplificar com o concurso formal, a pena é aumentada de 1/6 a 1/2 (art.70, do Código Penal), entre outras hipóteses contidas nesse livro.

Esta fase de fixação de pena depende do que ocorrer na fase anterior, sendo então seu início.

Segundo Gonçalves (2016, p. 171):

O art. 68, parágrafo único, do Código Penal traça uma regra de extrema importância, no sentido de que, no concurso de causas de aumento ou de diminuição de pena previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Neste sentido, Gonçalves preconiza que caso o magistrado se depare com uma causa de aumento de pena chocando com uma causa de diminuição de pena, poderá escolher entre uma ou outra, tendo que respeitar apenas a causa preponderante. Ou seja, o magistrado fará um juízo de valoração sobre as circunstâncias que envolvem o crime, e elegerá a qual sobre saia as demais.

Em sentido oposto, Gonçalves (2016) diz que poderá também o magistrado se deparar com uma causa de aumento de pena e uma causa de diminuição de pena e as equiparar, e por consequência, se aniquilam, levando a pena a seu estado anterior.

2.1.3.1 Causa de Aumento de Pena

As causas de aumento e diminuição de penas estão espalhadas por todo o Código Penal, tanto na Parte Especial (ex. artigos 121, §4.º, 157, §2.º, entre outros) quanto na Parte Geral (ex. artigos 70 e 71).

“As causas de aumento de pena são circunstâncias legais específicas, que obrigam o juiz a aplicar elevação da pena em quantidades estabelecidas pelo próprio legislador, na forma de cotas fixas ou variáveis.” (NUCCI, 2007, p.55.)

2.1.3.2 Causa de Diminuição de Pena

Tanto quanto as causas de aumento de pena, quanto as causas de diminuição de pena, estas são circunstâncias específicas que podem ser cotas fixas como também variáveis que obrigam que o magistrado as aplique. Em outras palavras, quando prestigiada no caso concreto alguma causa de diminuição de pena, o magistrado deve obrigatoriamente aplicá-la. Ainda, as causas de diminuição de pena estão previstas tanto na Parte Especial (ex. 121, §.º, 129, §4.º entre outros), quanto na Parte Geral (ex. artigos 14, II, 6, 21, parte final, entre outros).

Esta fase da aplicação de pena guarda uma peculiaridade que não há nas demais fases elencadas nesse trabalho. Para Nucci (2007) essa exclusividade é a possibilidade do magistrado poder estabelecer a pena acima do máximo em abstrato prevista pelo legislador, como também permite que se possibilite a fixação da pena abaixo do mínimo em abstrato.

2.1.3.3 Qualificadoras e Privilégios

No mesmo sentido das causas de aumento e diminuição de pena, para Nucci (2007) as qualificadoras são circunstâncias legais específicas ligados ao tipo penal, que colocam a pena máxima e mínima em abstrato em um patamar elevado, em comparação com o tipo penal sem a qualificadora (ex. 121, § 2.º, 155, § 4.º, 59, § 1.º, entre outros).

Posto isso, magistrado então terá a pena em concreto.

3 SÚMULA Nº 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A referida súmula no presente trabalho fora analisada a luz do viés da sua elaboração, bem como na em face dos princípios constitucionais infra destrinchados, como se passa a seguir.

3.1 Breve Relato da Súmula nº 231 do STJ

A Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, criado pela terceira seção do Superior Tribunal de Justiça, julgada em 22 de setembro de 1999, embasada em diversos precedentes decididos por todo o Brasil, sendo publicada em 15 de outubro de 1999, apresentando à ideia de que o magistrado não poderia reduzir a pena aquém do mínimo legal na segunda fase de fixação de pena, mesmo que incida mais circunstâncias atenuantes do que agravantes no caso concreto.

Neste sentido, o Ministério Público recorreu por não se contentar com a decisão da instância inferior que em linhas gerais determinava a pena aquém do mínimo legal do condenado recorrido.

Com o voto do Relator e a ementa nos seguintes moldes:

EMENTA Penal. Pena. Fixação. Critérios. Se a redução da pena importou em fixá-la abaixo do mínimo legal, por força de equivocado critério na ordem de consideração de causa especial de aumento e de atenuante, merece reforma a decisão. Recurso especial conhecido e provido.

(...)

VOTO. O Sr. Ministro William Patterson (Relator): - O recurso especial propugna pela reforma do aresto ao fundamento de que, ao ser reduzida a pena do réu Sebastião Marques Cano, pela Corte Estadual, importou isso em fixar sanções inferiores ao mínimo legal, o que não é possível, por força do disposto no art. 65, IV, d, 67, 68 e 71, do Código Penal, além de contrariar a orientação jurisprudencial de outros Tribunais, inclusive o Egrégio Supremo Tribunal Federal. O equívoco decorreu do critério de consideração de uma atenuante após a incidência de uma circunstância de aumento ou diminuição, conforme se extrai dessas explicações colocadas no petítório: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 234 Pois bem, no caso em tela, o réu-recorrido (Sebastião Marques Cano, vulgo "Tião") fora condenado na pena mínima, tanto no furto qualificado como no estelionato (respectivamente, 02 anos e 01 ano de reclusão). A continuidade delitiva estabelecida em 1/3 (o mínimo seria 1/6). Portanto, a reprimenda restou fixada em 03 anos e 04 meses de reclusão (para ambos os delitos). O mínimo, em tese (alterada a continuidade) seria 03 anos e 02 meses de reclusão. No entanto, inatacada a fração da continuidade, fixadas as penas para os crimes no mínimo, a atenuante admitida estaria neutralizando a majorante e atuando sobre a circunstância genérica de aumento (majorante). Consequentemente, in concreto, a pena total e final não poderia ter sido reduzida mediante a incidência da atenuante

estabelecida no art. 65, IV, letra d, do C. Penal. (STJ1 - TERCEIRA SEÇÃO RESP n. 7.287-PR (91.4812), RELATOR WILLIAM PETERSON, DATA: 22/09/1999)

Os demais doutos julgadores acompanharam o relator do caso em testilha, sendo assim, não apreciaram a possibilidade da redução aquém de o mínimo legal em segunda fase de fixação de pena, argumentando que o Código Penal em seus arts. 65, IV, d, 67, 68 e 71, vedava a redução, que já havia decisões dentro do judiciário, e ainda não infamava o princípio constitucional da individualização da pena.

3.2 Análise da Súmula nº 231 do STJ

A Súmula nº 231, do Superior Tribunal Federal dispõe a seguinte afirmativa “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Ora, a luz do art. 65 do Código Penal notamos que o verbete em uso no caput do artigo é o “sempre”, porém, em sentido oposto é o que ocorre, e ainda, não há qualquer lei robustecendo o entendimento sumulado.

Eis o que dispõe o artigo: 65, do Código Penal “são circunstâncias que **sempre** atenuam a pena: [...]”. (destaque nosso).

Todavia, tal entendimento, embora remanesça, quase que sedimentado por mais de uma década, não encontra guarida na Constituição da República de 1988, ainda afronta claramente direitos fundamentais do acusado, como à individualização da pena, à isonomia e a própria dignidade da pessoa humana, entre outros princípios constitucionais.

Com a impossibilidade de redução à aquém do mínimo legal, há uma mágoa ao princípio da isonomia, para ilustrar tal afirmação vamos imaginar dois sujeitos que praticaram o mesmo crime, mas não em concurso, porém só um deles que confessou a prática delitiva, no momento a qual o magistrado irá prolatar a pena, não se deslumbrou por qualquer circunstância judicial desfavorável e nenhuma agravante para ambos. Ao fulgor da súmula nº 231, a confissão aqui se torna irrelevante, resultando na mesma pena para ambos os condenados, mesmo que um deles tenha colaborado com o processo, bem como ajudou na convicção do julgador, assim, os dois serão tratados de forma igual, mas em condições desiguais.

Podemos ver que além dos princípios da individualização da pena e da legalidade, são atingidos vários outros princípios constitucionais como, o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da proporcionalidade, culpabilidade e da isonomia.

Doutrina Gomes (2003, p. 158) quê:

[...] a aplicação da pena ao caso concreto não se encontra orientada apenas pelo princípio da legalidade. Ao contrário, neste momento da aplicação do direito ao fato histórico, cabe ao interprete da lei adequar a pena e a este; significa que o órgão julgador deve promover a individualização da pena (art. 5.º, XLVI, da CF) a partir das situações de fato apuradas, referente à gravidade do fato à culpabilidade do agente.

Assim sendo, a jurisprudência no sistema brasileiro é usada como fonte subsidiária ou mediata do direito, desde que as leis se esgotem ou que não haja qualquer lei regulando a matéria (LEAL, 1998), todavia, as súmulas não possuem força de lei, e nem força vinculante, servindo apenas de parâmetro as decisões posteriores proferidas (GOMES e MOLINA, 2007).

Diante do caso em testilha, o art. 65 do CP não se esgotou ou deixou margem para qualquer outra interpretação além do seu sentido literal, e mais, é preciso enfatizar que a pena sempre será atenuada em sede de segunda fase de fixação de pena, pois assim preconiza o próprio artigo 65 do Código Penal. Segundo a melhor doutrina, a jurisprudência poderá ser usada de forma subsidiária quando não punir mais severamente a pessoa do condenado, fato que ocorre ao se usar a súmula 231 do STJ (GOMES e MOLINA, 2007).

De acordo com César Roberto Bitencourt (2012, p. 287):

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 uma 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.

Não bastante, o Código Penal determina em seu artigo 65 que às circunstâncias ali delineadas sempre atenuam a pena.

Corroborando com todo o exposto até então, Mariângela Gama de Magalhães Gomes. (GOMES, 2003, p.149)

:

Nesse sentido justifica-se a afirmação de que previsões sancionatórias rígidas não se encontram em consonância com a feição constitucional do direito penal. Pode-se dizer, desta forma, que a previsão legal das penas pressupõe, quando da aplicação do direito à situação fática, uma discricionariedade por parte do juiz (vinculada e limitada por critérios legais), que valorará as circunstâncias em que se deu o fato ilícito, e indicará a melhor pena *in concreto*, dentro da margem preestabelecida pela lei.

Neste diapasão, concretamente trazemos o exemplo de dois sentenciados, ambos não possuindo qualquer circunstância judicial desfavorável, porém apenas um deles confessa o delito. Com a aplicação da Súmula nº 231 do STJ, a confissão será tida por irrelevante para fins de individualização da pena.

Essa idealização não está apenas no mundo das ideias, mas também em caso concreto, por decisão dos Tribunais Regionais Federais, senão vejamos:

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. (...) (TRF1 - TERCEIRA TURMA. ACR 200634000260137, JUIZ TOURINHO NETO, e-DJF1 DATA: 28/10/2010 PAGINA:251.)

Temos ainda outro julgado no mesmo sentido, oportunizando possibilidade da redução aquém do mínimo legal, no qual fora reconhecido pelo magistrado.

EMENTA-APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DEFENSIVO - ROUBO CIRCUNSTANCIADO - PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA - IMPOSSIBILIDADE - DELITO CONSUMADO - RÉU COM MENOS DE 21 ANOS NA DATA DO FLAGRANTE - CONFISSÃO - CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES - POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL - EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO PELO EMPREGO DA ARMA QUE NÃO FOI APREENDIDA E NEM PERICIADA -RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Incabível a desclassificação do delito para a forma tentada, pois percebe-se que o delito foi consumado, uma vez que o agente e seu comparsa anunciaram o assalto, apoderaram-se da bicicleta da vítima e saíram calmamente, sendo que o apelante somente foi localizado após a vítima acionar a polícia e saírem fazendo diligência pelo bairro, tendo desfrutado da posse mansa e pacífica

do objeto roubado, mesmo que por curto lapso temporal. Se o agente tinha menos de 21 anos quando da prisão em flagrante, é imperativa a aplicação do art. 65, I, do CP. O art. 65 do Código Penal traz rol de circunstâncias que sempre atenuam a pena, de modo que não há falar em limitação à diminuição da pena aquém do mínimo abstrato previsto para o delito se o réu confessou a prática do delito. Não tendo sido apreendido e periciada o suposto revólver utilizado no crime, deve ser excluída a causa de aumento da pena referente ao emprego de arma prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal. (TJ-MS – SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. Apelação - Nº 0017013-82.2012.8.12.0001 Apelação - Nº 0017013-82.2012.8.12.0001, DATA: 10/12/2012 PAGINA: 134-139)

Sintetizando o caso supra, fora atribuída ao agente infrator a prática do crime de roubo de uma bicicleta com o valor aproximadamente de R\$ 80,00 (oitenta reais), na qual possuía como qualidade subjetiva a menoridade relativa, que nada mais é que na data do fato estar na faixa etária abaixo ou com 21 (vinte um) anos de idade, bem como confessado o delito. Assim a pena no mínimo em abstrato fixada no tipo penal do crime de roubo é de 04 (quatro) anos, sendo que no caso em testilha ficou em 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multas, em regime aberto.

APELAÇÃO CRIMINAL-CRIME DE ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR-CONFISSÃO DO INCREPADO-IDONEIDADE DAS PROVAS COLIGADAS NOS AUTOS-TIPICIDADE DE CONDUTAS-PRESERVAÇÃO DO DECISUM CONDENATÓRIA-APELAÇÃO IMPROVIDA -REDIMENSIONAMENTO, DE OFÍCIO, DA DOSIMETRIA PENAL EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DE CONFISSÃO-POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA-PRECEDENTES NESTA CORTE -REFORMA DA SENTENÇA EM PARTES. Recurso conhecido e improvido. Por unanimidade. Redimensionamento da dosimetria da pena, de ofício, apenas em relação à atenuante de confissão, por maioria dos votos. (TJ-SE – processo nº201130485. Apelação Criminal nº 0280/2011. Acórdão nº 20117992, Relator Desa. Geni Silveira Schuster, DATA: 20/06/2011).

Diante da decisão acima colacionada, é de se debruçar que há mais um caso de reconhecimento da redução da pena aquém do mínimo legal.

Sendo assim, na jurisprudência brasileira ainda se tem quem resista a incidência da súmula nº 231 do STJ, na qual, assim, faz se verificar a devida justiça, com base nos vários princípios constitucionais.

Portanto, se a pena for diminuída além do mínimo legal, não acarreta nenhum benefício ao acusado que confesse o delito, equiparando-o ao acusado que não colabora com o Poder Judiciário, ou seja, estabelecer-se-ia uma punição maior, ferindo o princípio da isonomia, ou como bem ilustra Cézar Roberto Bitencourt (2006),

haveria uma verdadeira farsa. A criação desta súmula é baseada no medo de se chegar à pena zero, fato que não ocorre em hipótese alguma, tendo em vista que o acolhimento da possibilidade da redução aquém do mínimo não se pode chegar a pena zero, em razão das contas aritméticas empregada pelo sistema trifásico (GOMES e MOLINA, 2007).

Finalmente, nos casos fáticos apresentados, os agentes gozavam consigo de atenuantes, nisso, os julgadores às reconheceram, na qual fora fixado as penas dos condenados abaixo do mínimo legal, indo então em sentido oposto da súmula n° 231 do STJ.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais estão intimamente ligados com o Estado Democrático de Direito, determinando os aspectos principais que regem o sistema penal, e por consequência a atuação do *jus puniendi* estatal.

Entre os princípios constitucionais e penais podemos fitar os princípios da personalidade da pena ou individualização da responsabilidade, dignidade da pessoa humana, da culpabilidade entre outros espalhados pelo art. 5.º e demais artigos da Constituição Federal (SOUZA, 2006). Todavia, o enfoque do estudo no momento são os Princípios da Individualização da Pena e da Legalidade, Isonomia, Proporcionalidade e Culpabilidade.

4.1 Princípio da Individualização da Pena

Antes de qualquer outro argumento, temos que enfatizar que o princípio da individualização da pena está elencado em nossa Carta Maior, visto que a Constituição Federal é o conjunto de normas e fundamentos jurídicos que estabelecem os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Neste diapasão, devemos levantar o conceito do princípio da individualização da pena. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 25-27), a individualização é a retirada de alguém ou de algo do genérico, da parte geral, dando o devido enforque, a devida particularidade de acordo com suas qualidades. Já à individualização da pena, tem a teleologia de trazer ao caso concreto a justa adequação da sanção penal, de acordo com o perfil do sentenciado, tornando-o único, em relação aos demais infratores. Neste sentido, Guilherme Nucci expõe (NUCCI, 2007, p.30):

Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particular o que antes era genérico, tem o prisma de especializar do geral, enfim, possui o enforque de, evitando a standardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto.

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa a adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua importância é a fuga da padronização da pena da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção pena, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar

qualquer programa ou método que leva à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.

A Constituição Federal no artigo 5º, inciso XLVI, dispõe o seguinte:

Art. 5º.

[...]

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

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

A individualização da pena, segundo Shecaira e Corrêa Junior (2002, p. 83-84), se manifestará em três etapas, sendo elas distintas entre si. A primeira etapa, se manifesta com a atuação do legislador, cabendo a este, elaborar o tipo penal incriminador, bem como especificar as penas mínimas e máximas, com a devida proporcionalidade entre a conduta do agente e o resultado naturalístico do fato, abarcando tanto os crimes formais quanto os materiais. Posteriormente, caberá ao juiz fazer a individualização judiciária e com base nas informações colhidas eleger o montante concreto da pena do infrator. Finalmente a última fase, a fase da execução da pena do condenado, com a determinação do cumprimento da individualização da pena.

Para Boschi, (2000, p.58):

[...] o princípio da individualização das penas, a expressar a valoração do *indivíduo*, impede que se ignorem as diferenças. Individualiza-se a pena, aliás, precisamente, porque cada acusado é *um*, e cada fato se reveste de singularidades próprias e irrepetíveis.

Individualizar as penas na lei – primeira fase – e na sentença – segunda fase – (art. 5º inc. LXVI, da CF) é estabelecê-la, flexibilizá-la, mensurá-la, tendo em vista a culpabilidade do autor pelo fato e as particularidades deste, e não de qualquer autor por qualquer fato ou por fatos pretéritos.

Ainda para Tristão (2008, p. 44-45):

A fase judicial da individualização da pena é aquela feita pelo magistrado. Este usará como base o art. 59 do Código Penal Brasileiro. Neste sentido, ao examinar o contexto do caso, o juiz terá certa margem de discricionariedade, mas sempre estará vinculado à lei. [...]. o Juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelecer.

O princípio da individualização da pena é usado para que cada agente que participou do crime tenham um procedimento único no momento da fixação da pena. A título de exemplificação, imaginemos dois sujeitos, cada qual praticou seu delito, a luz do princípio da individualização da pena, cada delito deverá ter seu procedimento de fixação de pena distinto do outro, observando características físicas, psíquicas e circunstâncias do crime, ou seja, o magistrado observará as características dos crimes e dos sujeitos de forma individual, e não coletivas (SOUZA, 2006), de ajuste com o artigo 59, do Código Penal.

De acordo com as ideias de Andrade (2009, p. 67)

Se assim não o fizer, o magistrado estará agindo contra a lei, mais especificamente contra o Código Penal e a Constituição Federal, art. 5º, XLVI (princípio da individualização da pena), e art. 93, IX (princípio da motivação das decisões judiciais), o que torna sua decisão nula. É de ser sublinhado que levar em consideração estas circunstâncias, além de ser uma obrigação legal, é uma atitude prudente e correta, pois permite ao julgador fixar a pena sob o fundamento de todas circunstâncias que envolveram o crime, o que, em tese, possibilita uma individualização e concretização mais justa da reprimenda.

No momento em que o magistrado fixar a pena, o mesmo deve se atentar às características do crime, bem como as condições subjetivas do réu. Para Nelson Hungria (1949, p.87) “Retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”. Assim, com a súmula nº 231 do STJ, incapacitou a aplicação da individualização da pena, pois tornou entendimento sumulado.

Neste sentido, leciona LUISI (2003, p.54):

O Juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles o Juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atento as exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente a pessoa a que a sanção se destina.

Diante disso, impossibilita o condenado gozar do direito de redução da pena aquém do mínimo legal de ser beneficiado deste direito. Portanto, a súmula nº 231 está indo no sentido *contra legem* ao regulamentar a impossibilidade da redução da pena prevista na Constituição Federal.

Andreucci (2012, p. 47) discorre sobre o principio da individualização da pena:

De raízes constitucionais (art. 5.º, XLVI), o princípio da individualização da pena se assenta na premissa de que o ilícito penal é fruto da conduta humana, individualmente considerada, devendo, pois, a sanção penal recair apenas sobre quem seja o autor do crime, na medida de suas características particulares, físicas e psíquicas

Vamos analisar o exemplo a seguir: dois sujeitos praticaram o crime A, em concurso, um deles tem duas circunstâncias atenuantes e o outro possui apenas uma, ao final da dosimetria da pena pelo magistrado, o sujeito que detêm duas atenuantes não poderá se valer do uso das duas, mas apenas de uma delas em razão da súmula, pois o concurso se equivalerá com uma das atenuantes, que levará a pena ao mínimo legal, e em seguida o magistrado descartará a outra atenuante, pois assim a súmula exige. Em outras palavras, no momento oportuno da aplicação da pena, os dois terão as mesmas penas em concreto. Portanto, a individualização não ocorre, uma vez que as penas serão iguais para cada réu, mas cada qual em uma situação e qualidades subjetivas distintas da outro.

Shecaira e Corrêa Junior (2002, p.85), dizem sobre o princípio da individualização da pena:

Destarte, infere-se que a finalidade do princípio constitucional em comento é a buscar uma adequação da pena ao delito, garantindo também a eficácia da sanção penal aplicada, utilizando-se de um método individualizador para que o condenado não sofra mais do que o prescrito em lei possa exercer os direitos eu não foram atingidos pela pena.

A interpretação da impossibilidade da redução tem respaldo por analogia ao artigo 68 do CP, este último manda que se aplique o artigo 59 somente na primeira fase, para a concretização da pena-base. Porém, estes dispositivos não proíbem o juiz de reduzir a pena aquém do mínimo em sede de segunda fase de fixação de pena.

Doutrina Gomes (2007, p. 733) no seguinte:

Lendo-se o art. 68 do CP verifica-se que ele manda aplicar o art. 59 somente na primeira fase, isto é, no momento de se concretizar a pena-base. Referido dispositivo legal não proíbe o juiz de exercer certo poder discricionário nas fases seguintes da aplicação da pena. De qualquer modo, tendo em vista que o poder discricionário não significa poder arbitrário, não há dúvida que, sem prejuízo de estar vinculado alguns limites (inclusive e sobretudo constitucionais), pode (diante das circunstancias agravantes e atenuantes

extrapolar os marcos abstratos da pena mínima e máxima cominadas para o delito.

Não há na atualidade, repita-se, impedimento legal para isso. O art. 68 do CP, como vimos, não impõem nenhum obstáculo. Aliás, considerando-se o teor literal do art. 65 do CP (são circunstâncias que sempre atenuam a pena [...]), se uma atenuante (devidamente comprovada) não tiver incidência concreta, o que se faz é uma analogia contra o réu (*in malam partem*) (leia-se: usa-se contra o réu na segunda fase de aplicação da pena os mesmos critérios da primeira).

Raciocinar em sentido negativo (à incidência efetiva da atenuante) implica admitir, no mínimo, interpretação restritiva contra o infrator, o que não é concebível. Sem contar a evidente violação ao princípio da individualização da pena, assim cômoda proporcionalidade e da culpabilidade.

A individualização da pena está consagrada na Constituição Federal, porém ela é mitigada no momento da dosimetria da pena, em razão da súmula nº 231 do STJ. Embora, tal súmula, não possua vinculação aos demais magistrados, é apenas orientação do Superior Tribunal de Justiça, podendo-se então que o prolator da sentença reduza a pena aquém do mínimo legal, caso entenda ser oportuno, detendo apenas o ônus de motivar suas decisões, art. 93, IX, CF/88.

Para reforçar essa ideia, preconiza no mesmo sentido Boschi (2000, p. 61):

A individualização da pena é uma atividade que se inaugura e se desenvolve, judicialmente, com base em regras legais específicas próprias de um direito penal democrático e moderno de sorte a permitir o acompanhamento do procedimento pelo acusado e seu acusado e a eventual impugnação pela via do recurso.

Daí por que é entendimento tranquilo nos tribunais de que o processo de individualização da pena na sentença. Como manifestação do poder discricionário do juiz, para ser válido, precisa ser minuciosamente fundamentado, em todas as suas etapas.

Assim, o magistrado possui a liberdade de conduzir a pena do condenado abaixo do mínimo legal, devendo, entretanto, observar os limites impostos por lei, bem como ainda, fundamentar sua decisão, com a exposição dos motivos e embasando em artigos de lei, doutrina e jurisprudências, se for o caso.

4.2 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade está previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, dispondo que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, parafraseado no artigo 1º do Código Penal. Segundo Bitencourt (2006), o princípio da legalidade é pautado para resguardar à

segurança jurídica, sendo então este princípio a pedra angular do ordenamento jurídico.

Com isso, não se pode haver punição, restrição de direitos ou coerção penal sem que haja lei anterior ao fato para regulamentado. Caso não tenha previsão legal antes do ato, toda ação será nula de pleno direito.

Eis o que dispõe o artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988:

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

[...]

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

De acordo com a sabedoria de Leal (1998, p.96)

Se a lei e a única fonte do direito repressivo, isso significa que não poderá haver crime ou pena sem uma lei escrita promulgada anteriormente ao ato cometido pelo cidadão. Também conhecido pelo princípio da reserva legal, representa para o indivíduo uma garantia jurídica diante de eventuais arbitrariedades que possam vir a ser praticadas pelo aparelho repressivos do Estado. Ao indivíduo, fica assegurada a certeza de somente ser punido se infringir uma lei criminal, previamente ao fato típico por ele cometido.

Este princípio constitucional tem a intenção de regulamentar os parâmetros da lei, impossibilitando a aplicação da pena de forma abusiva e arbitrária pelo Estado.

De acordo com Nucci (2007, p. 33):

Dessa forma, para a individualização da pena dar-se de maneira legítima, é indispensável que haja pena cominada em lei de antemão, bem como sejam previstos, expressamente, todos os critérios orientadores para sua quantificação e execução.

Vale se sustentar, que este princípio também abrange o princípio da reserva legal quando nos remetemos à seara penal, uma vez que somente a lei penal estabelece o que é crime, e por consequência, a sanção penal.

Neste mesmo sentido, os princípios da individualização da pena e o da legalidade estão conexos, segundo os ensinamentos de Nucci (2007, p.35):

O que em regra se passa é que o juiz é chamado a determinar a pena em uma medida compreendida entre um máximo e um mínimo pré-determinado na lei, no singular preceito incriminador. Solução que, se por um lado, como se viu, satisfaz as atuais exigências do princípio da legalidade da pena, por outro lado garante a exigências de individualização.

Podemos trazer o exemplo elencado por Gonçalves (2006), de uma pessoa que só pode ser punida se na época do fato, a lei regulamentadora de conduta estiver em vigor, prevendo tal conduta bem como as penas cominadas ao delito.

Diante do princípio da legalidade há a incidência das normas penais em branco, que são segundo Gonçalves (2016, p. 31):

Normas penais em branco são aquelas que exigem complementação por outras normas, de igual nível (leis) ou de nível diverso (decretos, regulamentos etc.). Na primeira hipótese (complemento de igual nível) [...], existe a chamada norma penal em branco em sentido amplo (ou lato) ou homogênea.

Ora, as leis penais em branco necessitam de normas regulamentadoras para poderem ter aplicabilidade, caso contrário o agente não poderá sofrer qualquer sanção.

Dessa forma, os artigos 65 e 66 do Código Penal elencam as hipóteses em que sempre ocorrerá a atenuação da pena, ou seja, quando o agente preencher alguma das qualidades descritas nos incisos e alíneas, fará jus dos artigos supras citados o direito da redução da pena abaixo do mínimo legal. Vemos que a palavra escolhida pelo Legislador foi “SEMPRE”, não usando outros verbos como PODERÁ, QUIÇÁ ou TALVEZ, claramente o Legislador concedeu esta norma imperativa ao magistrado. Ao entender a legalidade da súmula, estaremos diante de um choque feroz com o princípio da legalidade, pois o Código Penal traz o ideal de que sempre atenuará a pena, mas a súmula diz que em segunda fase de dosimetria da pena não é possível à redução abaixo do mínimo legal. Sendo assim, o artigo 65, caput, do Código Penal, não está em consonância com a súmula, pois cada qual têm ideias distintas uma da outra.

Assim diz Leal (1998, p. 99):

A adoção do princípio de Legalidade impõe certos limites ao poder estatal de tipificar condutas ilícitas, cominar penas criminais e sancionar o infrator da lei penal. Esta, em decorrência do princípio em exame, assume também função de garantir individualmente, traçando rigidamente o espaço de manobra da ação repressiva dos meios de controle formais exercidos pelo Estado Democrático de Direito.

Diante da opinião trazida acima por Leal, o Estado Democrático de Direito deve promover os meios pelos quais se chegaram à pena do condenado, uma vez que ao falarmos de restrição de direitos fundamentais, devemos ter aparato em leis, que passaram pelo crivo formal de sua elaboração, e não podendo deixar a cargo do Poder Judiciário a criação de normas, como a súmula objeto deste estudo.

Indo mais além, a competência de criar normas é do Poder Legislativo, ao passo do conteúdo da súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça golpear o artigo 65 do Código Penal, ao impedir a redução aquém do mínimo legal, sendo que não existe qualquer lógica, uma súmula com força para mitigar o direito fundamental de liberdade que está consolidado em nossa Constituição Federal.

Reforçando esta cognição, a súmula impõe uma pena ao condenado sem ao menos estar taxada no ordenamento jurídico, que é a impossibilidade de se valer das atenuantes nas hipóteses em que conduzirão à pena abaixo do mínimo legal.

Segundo Gomes e Molina (2007, p. 733):

Há muitos anos se discute se as circunstâncias atenuantes (menoridade, confissão, etc) permitem (ou não) fixar a pena de prisão aquém do mínimo legal. Na verdade, de acordo com a nossa opinião, não existe nenhum impedimento legal ou constitucional para isso. Todo discurso deontológico conduz a essa conclusão. Logo, se refutação ainda existe, é puramente ideológica.

Sendo assim, a discussão referente a possibilidade da redução aquém do mínimo legal não tem qualquer respaldo no ordenamento jurídico brasileiro

Em face de tudo já mencionado neste tópico, a impossibilidade da redução aquém do mínimo legal afronta o princípio da legalidade, uma vez que esta restrição não aparece em nosso ordenamento jurídico de forma expressa, ou seja, a criação dessa súmula imposta aos juízes não está adequada a legalidade formal das leis, tendo em vista que não é lei e nem possa ter força de lei esta súmula, como ocorre hoje em dia dentro dos tribunais.

Em síntese, não há lei proibindo que em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa a pena ficar aquém do mínimo cominado, pelo contrário, há lei que determina art. 65 do Código penal.

Portanto, o raciocínio que o Poder Judiciário tem, bem como o do Poder Legislativo deveria ser de que nada pudesse sobrepor ao princípio da legalidade no âmbito penal, em razão de ser derivado de todo o Estado Democrático de Direito deste

princípio. Ao usar a súmula, se transgrede a estrita legalidade da lei, e a segurança jurídica nacional cai por terra. Deste modo, está mais do que evidente que a súmula nº 231 é ultrapassada e inviabiliza a correta aplicação da Constituição da República, interpretando a legislação penal em desfavor do acusado.

4.3 Princípio da Isonomia

O princípio da isonomia ou princípio da igualdade, de acordo com os ensinamentos de Nucci (2007, p.35), trata-se do tratamento igualitário entre todos os seres humanos, prevendo normas que possuem os mesmos destinatários, que oferta aquilo que é devido por direito, por obrigação e por sanção, bem como tratamento desigual entre desiguais. Assim deve ser o Direito Penal, tratando todos de forma igual perante a lei, sem qualquer desigualdade, cabendo, entretanto, o tratamento desigual para aqueles que têm alguma prerrogativa, sendo essa a exceção.

Tal princípio encontra guarita não mais não menos que na nossa Carta Magna, em seu artigo 5.º *caput*:

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

Sendo assim, a nossa Constituição Federal de 1988, assegura como princípio fundamental à isonomia, trazendo à ideia que todos são iguais diante da lei, sem que haja distinção de qualquer natureza, abarcando tanto brasileiro quanto estrangeiro que estiverem residindo no Brasil.

Ainda instrui Mariângela Gama Magalhães Gomes (2003, p. 67):

[...] o princípio da igualdade significa a proibição, para o legislador ordinário, de discriminações arbitrárias: impõe que a situações iguais, corresponda um tratamento igual, do mesmo modo que a situações diferentes deve corresponder um tratamento diferenciado.

Assim, pelo princípio da igualdade/isonomia, proíbe que o legislador constitua leis incriminadoras arbitrárias, que coloquem o cidadão em condições desiguais em situações iguais.

Nos pareceres de Boschi (2000, p.29), a igualdade perante a lei é uma das determinações históricas, que preconiza a aplicação da igualdade a todos os homens e mulheres, universalmente e independentemente da Constituição adotada, contendo um conteúdo formal, ou seja, as pessoas são iguais nos termos da eficácia da lei.

Ninguém pode ser imune a lei, a lei deve reger a todos igualmente, sem qualquer distinção. Ademais, não há argumentos robustos da incidência da súmula nº 231 do STJ tem aplicação *erga omnes*, assim, estaria sendo descartado o princípio da igualdade, a lei não está sendo aplicada para atingir sua finalidade, qual seja, a justiça.

Partindo-se desta premissa, todos os réus diante do Direito Penal e do Direito Processual Penal devem ser tratados de acordo com as ordens da lei, cabendo, ser apurados as suas desigualdades, para que assim seja dado o que lhes competir na medida da sua desigualdade.

Neste diapasão, com a adoção da súmula nº 231 do STJ por todos os juízos brasileiros, causa uma aplicação genérica das penas aos condenados, pois muitas vezes pode ocorrer de incidir uma atenuante em sede de segunda fase de fixação da pena que poderiam conduzir à pena abaixo do mínimo legal, mas muitos juízos não as aplicam em razão de haver a incidência da referida súmula, indo então, contra a aplicação da isonomia.

Ora, a incidência da súmula do STJ causa um grande desconforto em razão de não estar ancorado na vertente da isonomia, em relação a seu desdobramento da aplicação prática. O tratamento genérico não se pode conceituar como tratamento igualitário, cada caso deve estar acompanhando com a sua devida cognição, uma vez que não há a abordagem do tratamento desigual entre os desiguais, muito menos a busca da justiça.

Em face disso mais uma vez, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2007, p.37), expõe; “Outra não é a função do princípio constitucional da individualização da pena, visando à concretização da igualdade perante a lei, mas desigualando, na prática, os desiguais rendendo culto à isonomia.”.

4.4 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade segundo NUCCI (2007, p. 37-38), é aquele que aplica harmonicamente os princípios infraconstitucionais cumulados com os princípios constitucionais na busca da justiça.

Em análise aos dizeres do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, a elaboração de tipos penais incriminadores, deve dirigir o legislador ao crivo da proporcionalidade, da conduta ou omissão, sobre a pena preceituada, ou seja, o tipo penal deve estar proporcional à pena cominada. Podemos exemplificar como à prática do crime de estupro, tendo como pena cominada a pena de multa ou pena restritiva de direito.

Segundo doutrina Nucci (2012, p. 235):

O primeiro objetivo deve ser seguido pelo legislador, quando criar um novo tipo incriminador ou quando pretender alterar a espécie, forma ou quantidade de sanção penal. O segundo, voltando-se ao juiz, indica-lhe a razoável proporção entre o peso da sanção e o dano provocado pela infração penal.

Expõe (BARROS, 2001, p. 133) “Proporcionalidade, como garantia individual, assegura que a pena seja executada dentro do marco constitucional, de respeito à dignidade do sentenciado e não em função dos anseios sociais.”

Segundo Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 52-53):

[...] as relações que se travam entre a Constituição fundamentadora do Estado e o ordenamento penal são estabelecidas a partir da constatação de que são os valores expostos no texto constitucional os responsáveis por moldar o *ius puniendi* estatal. E, nesse sentido, assume relevante papel na feição do direito penal do Estado os princípios jurídicos que podem ser apreendidos da sua norma fundamental.

Tais princípios, que não precisam estar necessariamente expressos no texto constitucional, tanto podem apresentar um conteúdo típico e propriamente penal, como podem possuir um conteúdo heterogêneo, desde que seus valores sejam efetivamente influentes na matéria punitiva.

Após essa introdução, o princípio da proporcionalidade guarda grande intimidade com a aplicação da pena, aos olhos do direito penal.

Na concepção de Boschi (2000, p.67) “a exigência de que a pena guarde proporcionalidade com a culpabilidade e a gravidade do injusto típico é formula consignada expressamente pelo legislador a lei penal brasileiro (art. 59 do CP)”

Neste sentido, a proporcionalidade da culpabilidade do agente frente ao fato delitivo não está guardando a devida proporcionalidade, uma vez que a incidência da súmula 231 do STJ limita o campo de visão do julgador.

Doravante, a bom emprego deste princípio constitucional é de suma importância no direito penal, como já exposto, assim a pena estar equiparada a reprovabilidade da conduta delitiva.

Assim, disciplina Tristão (2008, p. 54-55):

[...] é necessário que ocorra a adequação da medida, assim, deve-se mensurar qual a medida adequada a ser adotada para reprimir, caso a caso, as ações ilegais, e ao mesmo tempo os objetivos visados por ela. A pena restritiva deve ser realmente necessária para a conservação dos bens fundamentais pertencentes ao ramo do direito penal. Já a proporcionalidade em sentido estrito deve estar presente nas ocasiões em que há conflito de direitos, ou seja, a garantia de um direito acaba ferindo outro protegido pela Constituição, nessa hipótese deve-se fazer uma ponderação entre os interesses protegido.

Ainda, o mesmo doutrinador diz sobre a proporcionalidade no viés alemão, Tristão (2008, p. 54-55):

O princípio da proporcionalidade é chamado pelos juristas alemães de proporcionalidade ou proibição de excesso. Proibição de excesso seria a atuação do legislador além dos limites delineados pela Constituição, o que caracteriza um excesso e logo, uma inconstitucionalidade.

Sendo assim, tais doutrinadores elencam a proporcionalidade na ciência do direito, trazendo em face a sumula nº 231 do STJ, é de se vislumbrar que há de fato uma incoerência em desta com o princípio em tela, ou seja, a súmula nº 231 do STJ não guarda relação constitucional com este princípio.

4.5 Princípio da Culpabilidade

Pelo princípio da culpabilidade entende-se como aquele princípio que limita a aplicação da pena, tendo como base a proporção da culpabilidade do infrator em face do ilícito, não deixando com que a lei fria limite a cognição do magistrado, vedando-o de analisar a culpabilidade do agente infrator, segundo leciona Boschi (2000, p.53):

A culpabilidade atua ainda como critério fundamentador e limitador da pena, de modo a impedir que o magistrado ultrapasse em qualidade ou em quantidade o limite superior por ela indicado, de modo a evitar-se pena desproporcional e injusta.

Conquanto a culpabilidade possa não fundamentar a pena no sentido de que, em nome dela, o Estado está autorizado a retribuir o “mal do crime” com o mal da pena”, na antiga e sempre atual concepção Kantiana, pois as

concepções modernas se orientam por critérios de prevenção e de readaptação social do condenado, não nos parece absurdo dizer que, relativamente à pena imposta, a culpabilidade a fundamenta. De qualquer modo, fundamenta a intervenção do Estado.

Mais uma vez, o magistrado na qualidade de julgador tem a obrigação de analisar todas as vertentes que envolvam o crime, tanto o criminoso como à vítima, sendo assim, muitas vezes o conteúdo trazido pela própria lei não transmite a justiça no qual se deva chegar, necessitando então, da aplicação prática da observância da proporção da culpabilidade do criminoso frente às circunstâncias e elementos que entrelaçados ao crime.

Nucci (2007, p.40), relata sua visão sobre o princípio da culpabilidade:

[...] o princípio da culpabilidade inspira a caracterização do crime, fundamenta e limita a aplicação da pena, em atuação sincronizada com os fins aos quais se vincula, isto é, o de que a pena é personalíssima, não podendo ultrapassar a pessoa do delinquente e a medida da reprovação social por ele merecida.

Este princípio não se encontra apenas na teoria da aplicação da pena, mas também na seara do concurso de pessoas, segundo o artigo 29, do Código Penal: “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Assim, a culpabilidade é usada como norte para poder sancionar aquele que concorre com o crime, na medida de sua culpa.

Além disso, o caput do artigo 59 do Código Penal leciona que o juiz deverá se atentar a culpabilidade do agente:

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: [...]

Nas palavras de Boschi (2000, p. 67) “A exigência de que a pena guarde proporcionalidade com a culpabilidade e a gravidade do injusto típico é formula consignada expressamente pelo legislador na lei penal brasileiro (art. 59 do CP).”

Ora, o referido artigo 59 do Código Penal, de início elenca o que o juiz deve se atentar, contendo entre essas circunstâncias a culpabilidade. Pois bem, a culpabilidade não deve ser analisada apenas na primeira fase da dosimetria da pena, no momento da fixação da pena-base, mas sim em todo o seu percalço, devendo apenas o magistrado fundamentar todas as suas decisões.

Segundo Barros (2001, p. 25):

[...] é de se anotar que, em razão da determinação contida no art. 59 do Código Penal, de que na análise da culpabilidade todas as circunstâncias devem ser consideradas, há que se admitir que a pena-base, diante da incidência de várias atenuantes, pode ser fixada abaixo do mínimo legal. A previsão de que devem ser relevadas circunstâncias atenuantes não previstas em lei pelo art. 66 do Código Penal apenas vem confirmar a necessidade de uma correta individualização da pena, medida pela culpabilidade exteriorizada no fato concreto.

Claramente há na doutrina brasileira que a possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal seja possível, o entanto, o seu não reconhecimento fere gravemente o princípio da culpabilidade, como é cediço, cada crime ou infração guarda suas peculiaridades. Com isso, a aplicação em massa da súmula nº231 do STJ não oportuna margem ao magistrado de reconhecer a culpabilidade do agente em um patamar abaixo do mínimo legal. Em outras palavras, a súmula nº 231 do STJ não oportuna o magistrado a possibilidade de conduzir a pena aquém do mínimo legal, mesmo que o julgador se debruce por alguma atenuante.

Nucci (2007, p. 39), esclarece a individualização da pena frente ao princípio da culpabilidade:

Assim, a individualização da pena tem por finalidade dar concretude ao princípio de que a responsabilidade penal é sempre pessoal, jamais transcendendo a pessoa do criminoso. E quanto a este, deve a sanção ser aplicada na justa e merecida medida.

Vemos que com à aplicação em massa da impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal, está levando um caso que se tornou precedente em aplicação *erga omnes*. Todavia, a restrição da liberdade, bem como as demais sanções não podem passar seus efeitos da pessoa do condenado.

Scheid (2009, p. 157) diz que:

Tampouco se irá frisar a imperiosidade de que todas as fases da pena sejam motivadas, com o destaque de existir a garantia da individualização da reprimenda de índole criminal. Até porque se realçou, alhures, que qualquer decisão judicial constritiva da liberdade deve ser fundamentada, entendimento esse que, obviamente, abarca as operações de fixação da pena, inclusive as suas substituições por reprimendas alternativas. Afinal, não tem como ser diferente, pois a pena é que limita o direito de liberdade do cidadão.

Assim, caso o julgador queria usar a culpabilidade em sua decisão para o fim de reduzir a pena aquém do mínimo legal, esta encontra-se a sua disposição, devendo apenas à motiva-la.

Neste diapasão, em face do princípio da culpabilidade, o agente goza da oportunidade deste princípio ser aplicado no momento de sua fixação de pena, uma vez que, assim possa se chegar à verdadeira justiça, entre a condutada ou omissão delitiva na proporcionalidade justa.

Ou seja, deve ser analisada a sua culpabilidade diante do fato criminoso para que assim se chegar à justa pena.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, fica evidente que o Superior Tribunal de Justiça, ao sumular o entendimento da impossibilidade da redução da pena aquém do mínimo legal; este, contribui na violação de alguns princípios constitucionais. O magistrado na posição de garantista da justiça, ao se deparar com a possibilidade de redução em sede de segunda fase de fixação da pena, deveria aplicar o referido direito ao condenado, pois o magistrado deve se valer de seus poderes emanados da Constituição para assim promover a devida justiça.

A referida súmula que embora não seja vinculante, vem sendo aplicada pela jurisprudência majoritária no país, impedindo-se que a pena concreta aplicada aos sentenciados em processos criminais seja inferior ao limite mínimo estabelecido pela legislação. Neste sentido, entende-se que o julgador possui o dever de fazer valer o direito do condenado que goze de situações que atenuem a pena.

Sendo assim, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça não tem respaldo no próprio Código Penal, e além de não ser amparado, causa transtornos em outros direitos fundamentais do cidadão, com a restrição do direito de liberdade.

Posto isto, os direitos violados, se estendem até aos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, dentre eles o da individualização da pena, da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade e culpabilidade.

O princípio da legalidade impossibilita a punição do cidadão sem que exista norma anterior ao fato, mas há mitigação do artigo 65 do Código Penal por parte do judiciário, uma vez que o conteúdo do artigo elenca o verbo de que **“SEMPRE”** atenuará a pena do condenado desde que o agente calhe nos conteúdos dos artigos 65 e 66, ambos do Código Penal. A substância da súmula nº 231 do STJ é oposta ao artigo 65. Inclusive, o Poder Judiciário ao sumular o conteúdo da súmula nº 231 usurpa a função do Poder Legislativo, em razão de que à ideia sumulada atinge diretamente direitos fundamentais do cidadão.

Ora, não se pode aceitar que o Poder Judiciário tenha o condão de limitar a liberdade do cidadão e a individualização da pena sem que haja previsão preestabelecida em lei, sendo que estas garantias emanam da própria Constituição

Federal, ao se aceitar esse positivismo do judiciário, em razão da matéria tratar-se do direito liberdade/locomoção/de ir e vir, não é justo aceitar a constitucionalidade da referida súmula. Devendo então ser competente o Poder Legislativo, por estar na posição de representante da vontade do povo, no qual está na qualidade de criador de leis.

A mitigação do artigo 65 do Código Penal trazida pela súmula é ilegal, em razão deste conteúdo elencar expressamente o verbo “SEMPRE”, por isso a pena do condenado deverá sempre ser atenuada nas hipóteses em que o agente goze das qualidades dos artigos 65 e 66, ambos do Código Penal.

Por sua vez, há ainda o princípio da individualização da pena, que está expressa no artigo 5º, inciso XLVI. Sendo assim, estando englobado dentro dos incisos do artigo 5º da Constituição Federal, trata-se de uma norma de caráter fundamental do cidadão. Embora este princípio expressamente indique que o agente tem o direito da pena individualizada, a súmula corre em sentido oposto, porque seu conteúdo taxa ao magistrado a impossibilidade da redução da pena aquém do mínimo legal, mesmo que o agente tenha consigo atenuantes, ou seja, a pena não está sendo individualizada, pelo fundamento do condenado não poder se valer do seu direito desta redução nos casos em que, a atenuante leve a pena abaixo do mínimo legal por aplicação da súmula nº 231 do STJ.

Claramente, a posição do Superior Tribunal de Justiça afronta à individualização da pena, em razão da súmula ser usada nos tribunais de forma majoritária. Porém, quando o magistrado entrar no campo da dosimetria da pena tem por obrigação analisar de forma minuciosa as condições do agente, bem como as circunstâncias na qual o crime se envolve e a legalidade da sua cognição constituída com base no caso concreto. Com a edição da súmula, o magistrado prolator da sentença fica envolvido em uma espécie de cabresto, sem poder apurar aquela atenuante que conduz a pena do censurado aquém do mínimo legal, e por consequência não alcança o ideal de justiça.

Doravante, há casos espalhados em diversos tribunais brasileiros no qual reconhecem a possibilidade da redução da pena aquém do mínimo legal. Por mais que a referida súmula esteja como orientação para os julgadores, é cediço que esta não tem aplicação vinculante, sendo então oportunizado ao julgador com base nas suas convicções estabelecer a pena do condenado.

Em face do princípio da isonomia, as decisões nas quais a súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça vem sendo aplicada não fita o princípio em tela, uma vez que trata de forma igualitária todos de forma genérica, sem que seja visto a própria exceção deste princípio, que é; considerar os desiguais na medida de suas desigualdades.

Ora, o tratamento igualitário há sim, mas a discussão em questão é a não observância da exceção deste princípio, por vez, o Poder Judiciário tem à competência de analisar tudo que envolva o crime, e assim apurar tal vertente.

O magistrado na posição de julgador deve se atentar a essa exceção, em razão de assim estar fazendo valer não somente a Constituição Federal e Código Penal, mas sim toda a justiça que se manifesta no mundo fático com o escopo de não prejudicar o direito e a vida do cidadão.

Diante do princípio da proporcionalidade, vimos que a pena em concreto deve ter relação com à proporção dos atributos do agente. Com a aplicação deste princípio no direito penal, mais precisamente na fase de fixação de pena, o magistrado tem a obrigação de ponderar às circunstâncias que envolvam o fato criminoso, e assim usar de sua cognição para poder chegar a pena em concreta mais justa na proporcionalidade da lei, das qualidades subjetivas do agente e tendo como norte a individualização da pena, respeitando a isonomia/igualdade em especial o tratamento na medida da sua desigualdade, e por fim, a culpabilidade do agente frente ao fato criminoso.

Ora, a aplicação da súmula nº 231 do STJ não guarda a proporcionalidade com o fato criminoso quando o agente gozar de causa de atenuação de pena, pois assim não haverá proporção entre as qualidades subjetivas e a pena em concreto.

Por último e não menos importante, diante do princípio da culpabilidade entende-se como a aplicação da pena fundamentada na culpabilidade do infrator. Neste diapasão, vislumbramos que o Código Penal se debruça a análise da culpabilidade do criminoso, sendo assim, a culpabilidade também é fitada na dosimetria da pena, mais precisamente no art. 59 do Código Penal. Porém, a culpabilidade não deve ser analisada apenas no momento de fixação da pena-base, mas também, na segunda fase, pois somente assim poderá ter a ideal concepção da culpabilidade do infrator da lei penal.

É de se tocar no tema referente a personalidade da pena, uma vez que esta não poderá passar da pessoa do condenado. Em razão da súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça ser aplicada demasiadamente no judiciário, a culpabilidade do agente que foi usado de parâmetro para constituir a referida súmula se expande a todos condenados penalmente dentro do Brasil, portanto a súmula em tela não vem respeitando a culpabilidade individual do condenado.

Compulsando-se este trabalho, foram apresentadas as razões pelas quais a referida súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça não se encontra em consonância com a Constituição Federal, bem como com as leis infraconstitucionais, acarretando então na sua inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lédio Roda de. **Direito Penal Diferenciado**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A Individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001.

BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, César Roberto. **Novas Penas Alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

BOSHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2000.

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

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula n.º 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000000231%27>. Acesso em: 29 abr.2019.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal, Parte Geral**. 4.^a ed., São Paulo, Atlas, 2018.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5.^a ed.: São Paulo, Atlas 2015.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em: 10 mar. 2019

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 21.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, Parte Geral**. 6.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Parte Geral**. 22.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal, Parte Geral**. volume 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, **O Princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Parte Geral**. 35.^a ed., São Paulo: Saraiva 2014.

KUEHNE, Maurício. **Teoria e Prática da Aplicação da Pena**. 4.^o ed., Curitiba: Juruá 2003.

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

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2.^a ed., Porta Alegre: Revista e Aumentada, 2003.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek Marques. **Fundamentos da Pena**. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. 2^a Câmara Criminal. Apelação nº 0017013-82.2012.8.12.0001. Relator Designado: Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Apelante: Igor Ximenes Rodrigues Def.Pub.1^a Inst: Luciano Montalli. Apelado: Ministério Público Estadual Promotor: Eduardo José Rizkallah. Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA – IMPOSSIBILIDADE – DELITO CONSUMADO – RÉU COM MENOS DE 21 ANOS NA DATA DO FLAGRANTE – CONFISSÃO – CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES – POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO PELO EMPREGO DA ARMA QUE NÃO FOI APREENDIDA E NEM PERICIADA –RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=266894&cdForo=0>. Acesso em: 25 out. 2019.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2.^a ed., São Paulo,, Revista dos Tribunais, 2012.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Direito Penal, Parte Geral.**, São Paulo: Método 2014.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. Acórdão: 20117992. Apelação criminal 0280/2011. Processo 2011304285. Relator: Desa. Geni Silveira Schuster. Apelante: Everton Justino Silva. Advogado(a): Leosirio Gomes da Silva Neto. Apelado Ministério Público /Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR - CONFISSÃO DO INCREPADO - IDONEIDADE DAS PROVAS COLIGIDAS NOS AUTOS - TIPICIDADE DA CONDUTA - PRESERVAÇÃO DO DECISUM CONDENATÓRIO - APELAÇÃO IMPROVIDA - REDIMENSIONAMENTO, DE OFÍCIO, DA DOSIMETRIA PENAL EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DE CONFISSÃO - POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL - PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - PRECEDENTES NESTA CORTE - REFORMA DA SENTENÇA EM PARTE. Recurso conhecido e improvido. Por unanimidade. Redimensionamento da dosimetria penal, de ofício, apenas em relação à atenuante de confissão, por maioria de votos. Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22865858/apelacao-criminal-apr-2011304385-se-tjse/inteiro-teor-22865859?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 out. 2019.

SCHEID, Carlos Eduardo. **A Motivação das Decisões Penais. Porto Alegre**, Livraria do Advogado Editora, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão, JUNIOR, Alceu Corrêa. **Teoria da Pena: Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros Estudos de Ciência Criminal.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Xavier de. **Individualização da Pena no Estado Democrático de Direito.** Edição, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ed., 2006.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. PRIMEIRA REGIÃO. Terceira Turma. ACR 200634000260137. Relator: JUIZ TOURINHO NETO, Publicação: e-DJF1, 28/10/2010, PAGINA: 251. Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO PRATICADO NA EMBRATUR. ESTAGIÁRIO. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. NÃO APLICAÇÃO. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ATENUANTES. APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO-LEGAL. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA CONFIGURADA. Disponível em: <http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17377871/apelacao-criminal-acr-26013-df-20063400026013-7>. Acesso em: 18/10/2019.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal Prática de Aplicação de pena e medida de segurança**, 7.^a ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.