



LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE

CURSO DE DIREITO

AS ATENUANTES NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

MARINA FERNANDES DE MOURA

Maio, 2012

Natal – RN

MARINA FERNANDES DE MOURA

AS ATENUANTES NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Artigo elaborado na área do Direito Penal e Processo Penal, com a orientação do Professor Sandresson de Menezes Lopes, como requisito parcial para conclusão do curso de graduação em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

Maio, 2012

Natal – RN

AS ATENUANTES NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Marina Fernandes de Moura¹

RESUMO

Trata-se da validade e correção da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, em face da redação do artigo 59 do Código Penal, confrontando com os princípios constitucionais e direitos fundamentais de um acusado no processo penal. Aborda-se o efeito vinculante que a prática forense confere às súmulas e aos julgados de tribunais superiores. Confronta-se o tratamento dado às atenuantes penais no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando a forma de incidência nos sistemas bifásico e trifásico de dosimetria da pena. Apresentam-se os principais argumentos com compõe os julgados que precedem ao entendimento do STJ, questionando a sua validade.

Palavras chaves: Atenuantes penais. Dosimetria da pena. Súmula 231 do STJ.

ABSTRACT

The paper is about the validity and correctness of the summary of the 231 Supreme Court of Justice, given the wording of article 59 of the Penal Code, confronted with the constitutional principles and fundamental rights of an accused in criminal proceedings. It approaches the binding effect that the forensic practice gives to the summaries, as well as to what is judged by higher courts. It confronts the criminal treatment of mitigating the Brazilian legal system, showing how to focus on two and three phase systems of the dosage of the penalty phase. It presents the main arguments with composed the preceding trial to the understanding of the Supreme Court of Justice, questioning its validity.

Keywords: Mitigating criminal. Dosage of the sentence. Precedent 231 from the Supreme Court of Justice.

¹ Acadêmica do 5º ano Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN

INTRODUÇÃO

Na prática da atividade jurídica nos deparamos com inúmeras questões controversas e entendimentos opostos sobre determinado assunto. A redação legal, algumas vezes abre margem a mais de uma interpretação, em outros casos a discussão é gerada por argumentos que fogem a interpretação do dispositivo legal e defendem posicionamentos de autoridade provenientes de doutrinadores clássicos.

Diante da necessidade de um posicionamento no caso concreto, acaba ganhando grande importância e força os precedentes jurisprudenciais, se aproximado do modelo adotado por países como os Estados Unidos.

Ocorre que as relações sociais são extremamente dinâmicas e exigem uma adaptação constante das normas jurídicas. Muitas vezes a norma até se modifica, mas os posicionamentos e os entendimentos amplamente difundidos apresentam uma grande resistência à modificação.

É o que ocorre com a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, a qual possui a seguinte redação: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Uma súmula representa a consolidação do entendimento de um tribunal acerca de determinado tema já discutido e defendido. É uma uniformização de entendimento, por meio do qual o tribunal antecipa aos litigantes qual o posicionamento será adotado para determinada matéria caso um feito que a aborde chegue até ele.

Todavia, da mesma forma que as normas, os entendimentos também devem evoluir. Bem como a súmula é apenas a exteriorização do entendimento de determinado tribunal não ficando os demais julgadores adstritos aos seus termos. Embora, muitos se sintam vinculados a esses entendimentos, em especial diante de temas controvertidos.

Feito esses breves comentários, chega-se a discussão: até que limite o argumento de autoridade, um entendimento tradicional e conservador deve ser cegamente aplicado por todos os magistrados do país? Será que o entendimento de um tribunal superior é sempre o mais correto e justo?

A primeira vista, percebe-se que o entendimento consagrado pelo tribunal superior está em desconformidade com o texto legal e sua fiel aplicação pelos magistrados brasileiros constitui um desrespeito ao acusado. É preciso que a jurisprudência e a doutrina evoluam juntamente com o direito e as necessidades sociais.

Imaginemos a seguinte hipótese: dois acusados pelo mesmo delito, um primário e com circunstâncias judiciais favoráveis confessa prática delitiva, na primeira fase de dosimetria da pena, a mesma é fixada no mínimo legal e a confissão que lhe foi assegurada no início da instrução pelo magistrado como benéfica, não vai trazer nenhuma benesse; o outro, embora reincidente, terá as circunstâncias judiciais favoráveis, haja vista que a reincidência não pode ser considerada como conduta social ruim ou maus antecedentes sob pena de incorrer em *bis in idem*, é, também, menor de 21 anos, mas não confessa, mesmo com todas as provas apontando sua culpa, nega veementemente, ao final poderá receber a pena igual a do primeiro acusado.

Parece justo um reincidente mentiroso receber a mesma pena que um réu primário e confesso? Para onde é jogado o senso de justiça? O que é feito da equidade?

É diante do quadro exposto que o presente trabalho se desenvolve. O debate parte da análise do poder normativo de uma súmula e o efeito vinculante que a prática confere a todas elas.

Na sequência, para poder iniciar uma análise mais profunda acerca dos argumentos e razões utilizados para a edição da súmula 231, faz-se uma análise do papel das atenuantes penais dentro dos métodos bifásico e trifásico de dosimetria da pena, bem como o tratamento conferido pelo legislador brasileiro.

Com o conhecimento acerca do tratamento conferido as atenuantes pelos legisladores e magistrados brasileiros, interessante é o confronto com princípios que regem a elaboração e aplicação das leis penais e processuais a fim de verem garantidos os direitos do acusado penal.

Por fim, uma análise dos argumentos apresentados nos julgados que culminaram na edição da súmula 231, busca levantar o debate acerca de sua retidão e validade.

AS SÚMULAS NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Antes de adentrarmos na temática principal do presente artigo, interessante é abordar alguns pontos acerca da interpretação e aplicação do direito, focando na utilização de precedentes judiciais e entendimentos pacificados por meio de súmulas.

Para iniciar a discussão cumpre destacar duas vertentes sobre a utilização da jurisprudência na aplicação do direito levantadas por José Rogério Cruz e Tucci e referidas por Rosmar Rodrigues Alencar:

É nessa esteira que José Rogério Cruz e Tucci noticia duas vertentes sobre o assunto: (1) uma que sustentava que “os precedentes judiciais eram de evidente utilidade às exigências sociais, porque uma orientação uniforme de julgar auxilia a estabilidade dos conceitos das relações, pois, não há conspiração maior contra o direito do que as repentinas e inusitadas inovações”; e (2) outra que dizia que “a importância dos precedentes podia também ser prejudicial, porque retirava o estímulo à reflexão, impedia que se estivesse presente a evolução científica, e induzia à aplicação cega e mecânica das sentenças anteriores”. (ALENCAR, 2009, P. 107)

Tucci apresenta, então, os dois aspectos principais da uniformização de jurisprudência. O entendimento pacificado, em especial por meio de súmulas, é capaz de gerar uma segurança jurídica e aplicação uniforme e isonômica do direito, por outro lado acaba por inserir no magistrado um comodismo que dispensa a reflexão apurada acerca do caso concreto, deixando fácil e resumida a fundamentação de decisões, sem considerar algumas peculiaridades do caso.

É essa a principal problemática envolvendo o tema e que merece um debate apurado e cauteloso a fim de não permitir a aplicação cega de entendimentos pacificados, desconsiderando particularidades do caso concreto e incorrendo, muitas vezes, em injustiças, jogando por terra o princípio da equidade.

A utilização de precedentes na fundamentação de decisões se insere no contexto da interpretação do direito. Constitui interpretação do tipo judicial, a qual corresponde à interpretação dada à norma jurídica pelos magistrados quando da análise de um caso concreto, ou seja, *intra-autos*, excluindo, assim, os entendimentos e opiniões que ministros e magistrados proferem em palestras, enunciados, etc., sem partir de uma aplicação prática.

É nesse contexto que entra em destaque o papel das súmulas. Como bem define Rogério Greco.

No conceito de interpretação judicial (ou jurisdicional) podemos incluir as chamadas súmulas, que traduzem as decisões reiteradas de um tribunal sobre um determinado assunto. (GRECO, 2006, P. 40)

Faz-se mister esclarecer, portanto, o conceito de precedentes.

O chamado *precedente* (*stare decisis*) utilizado no modelo judicialista é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são *induzidos* a partir da decisão judicial, porque esta não se ocupa senão da solução do caso concreto apresentado. O precedente haverá de ser seguido nas posteriores decisões. (TAVARES, 2009, P. 397/398).

O ordenamento brasileiro, em que pese não adotar o modelo da vinculação do precedente judicial, permite que, após reiteradas decisões no mesmo sentido, sejam editadas súmulas pelos tribunais superiores, a fim de promover uma interpretação uniforme e padronização das normas, com o escopo de dirimir possíveis controvérsias acerca de um determinado tema.

Assim sendo, para que seja editada uma súmula, é necessária a existência de vários julgados, o que não é suficiente para conferir-lhe força obrigatória. Embora, haja um entendimento sumulado, em regra, não haverá a obrigatoriedade de aplicação daquele entendimento, ressalvados os casos das súmulas vinculantes, as quais devem versar sobre matéria constitucional e atender a uma série de requisitos, que não cabem ser mencionados neste artigo.

Entretanto, as súmulas não podem ultrapassar determinados parâmetros, devem manter-se dentro de uma interpretação razoável do direito. Vários doutrinadores destacam classificações dos tipos de interpretação judicial, sendo uma delas bastante comum e repetida entre doutrinadores de diversos ramos do direito. A interpretação, portanto, pode ser de acordo com sua extensão:

- a) declarativa: há uma exata correspondência entre o texto da lei e aquilo que ela desejou externar.
- b) restritiva: a norma disse mais do que desejava, cabendo ao intérprete aparar as arestas, para aferir o seu real alcance.
- c) extensiva ou ampliativa: o texto da lei ficou aquém do que desejava. Necessita-se ampliar o seu alcance, para que assim possamos atingir o seu significado.
- d) progressiva, adaptativa ou evolutiva: o direito é dinâmico e os fenômenos sociais não são estanques, exigindo do intérprete o esmero na atualização dos diplomas normativos, pois a realidade o impõe, dando-se efetividade à norma não trabalhada ou não modernizada pelo legislador. (TÁVORA e ALENCAR, 2010, P. 44/45).

Muito cuidado é exigido no momento de interpretar uma norma fugindo da sua interpretação literal. É preciso ter em mente o contexto de criação de determinado preceito, seu objetivo, bem como adequação ao ordenamento como um todo, considerando uma análise sistêmica.

Esse alerta deve ser especialmente observado na consolidação de um entendimento por meio de súmulas, as quais, como assevera André Ramos Tavares, não podem ultrapassar os limites da lei, em especial diante de observação de que a lei é construída dentro de uma gama

infinita de possibilidades abstratas, enquanto que o magistrado se depara com a limitação legal para aplicação em uma gama infinita de conflitos, ou seja, possui uma discricionariedade limitada.

Evidencia-se mais a distinção com o legislador quando se anota que a este é conferido amplo leque de opções políticas que pode adotar, de maneira relativamente discricionária, enquanto o magistrado está circunscrito a um quadro limitado de opções válidas, e jungido, em sua função, à necessidade de as fundamentar e justificar pormenorizadamente. O papel da súmula seria o de fixar uma dessas interpretações possíveis, a partir de um texto normativo prévio, excluindo as demais. Mas sempre a partir de um elemento inicial de restrição à atividade judicial válida posterior. O STF tem limitado seu campo ao preceito sobre o qual se constrói a súmula. Não pode ir além dele. Portanto, e por idênticas razões, não se poderiam admitir súmulas *contra legem* ou *extra legem*. (TAVARES, 2009, P. 400/401).

A proposta de uniformizar entendimentos e forma de aplicação do direito é válida até o ponto que não impede decisões fundamentadas em sentido diverso. A padronização, por um lado gera a segurança jurídica de uma aplicação dentro dos moldes da igualdade, contudo provoca um engessamento do direito.

Ainda que uma súmula não seja vinculante, se o seu entendimento não for aplicado pelo juízo de primeiro grau, em havendo recurso, há uma certeza de reforma quando em instância superior, o que gera, de forma disfarçada, uma vinculação. Ademais, constitui critério de promoção na carreira da magistratura a aplicação de entendimentos dos tribunais superiores. Se uma sentença tem fundamento em entendimento sumulado, poderá ter possíveis recursos denegados de plano.

Ou seja, o entendimento que corrobora acaba, na prática, por vincular os magistrados, ademais, torna a atividade jurisdicional mais prática e célere, o que pode ser glorioso diante do acúmulo de processo nos fóruns do país. “A preocupação maior é com a resolução da grande quantidade dos processos (não necessariamente dos litígios) e, em razão disto, o fundo hermenêutico fica prejudicado.” (ALENCAR, 2009, P. 100).

Todavia, o apego ao entendimento sumulado acaba por abandonar as particularidades do caso concreto que muitas vezes, para ser garantida a justiça, deve seguir por um entendimento diverso e, até mesmo, contrário, de modo que a súmula promove uma estagnação do direito e sua atividade jurisdicional.

A justificativa é aceita pelo fato de, com ele, ser obtida uma padronização de decisões judiciais que não estaria sendo alcançada tão-somente com o considerável tecido legislativo brasileiro. A influência do sistema anglo-

americano no sistema brasileiro faz parecer o que Lenio Luiz Streck denomina de “perigoso ecletismo”. Isso porque, as decisões de *comom law* são lastradas em fundamentação capaz de evidenciar o direito das partes. Não basta a remissão ao precedente. Já decisões da *civil law* se sustentam quando estão conforme a legislação. Daí que no Brasil se tornou comum a ampliação, sendo “suficiente que a decisão esteja de acordo com uma súmula para ser válida. Nessa perspectiva, tem-se, no sistema jurídico brasileiro, o poder discricionário da *comom law* sem a proporcional necessidade de justificação”, porquanto “as súmulas se transformam, na prática, de normas individuais válidas para cada caso em normas gerais de validade *erga omnes*”. (ALENCAR, 2009, P. 35)

Esse engessamento é ainda mais danoso quando as relações sociais e a própria legislação se modificam, mas, por apego ao tradicionalismo, os entendimentos jurisdicionais sumulados permanecem os mesmos.

A sociedade é altamente dinâmica, exigindo que o direito também acompanhe as modificações quanto a sua aplicação. A atividade legislativa não vem, entretanto, conseguindo acompanhar a evolução das relações sociais e os novos conflitos que delas surgem, por isso, uma modificação de interpretação pode assumir grande importância.

O apego ao tradicionalismo pode ser de todo prejudicial. É o que ocorre com a súmula 231, STJ, a qual entende não poderem as atenuantes penais reduzir a pena aquém do mínimo legal abstratamente cominado ao delito, e que será abordada ao longo desse estudo.

É preciso compreender, portanto, que os precedentes judiciais são elaborados em um determinado momento histórico e sob a tutela de uma determinada ordem constitucional. Durante o processo de concretização do direito, deve o destinatário da norma por excelência – que é o julgador – , entender essa inevitável relação. (SANTOS JUNIOR, 2011, p. 237)

Todavia, merece, ainda, ser frisado, que nem sempre teve o precedente tanta importância. Rosmar Rodrigues Alencar afirma que o magistrado sempre precisa de um parâmetro, um método que confirmem validade a suas decisões, é imprescindível a existência de uma orientação na elaboração das fundamentações. Destaca, então, a evolução da aplicação do direito no Brasil:

(1) o período de aplicação pura da lei, quando se tinha um juiz fiel ao parlamento e aos textos legais; (2) o período em que o texto da lei sofreu desprestígio pela “descoberta” de que a Constituição é fundamento de validade daquela (neoconstitucionalismo); e (3) o período de aplicação do direito de forma semelhante ao que decide o órgão jurisdicional de grau superior. Com o prestígio do efeito vinculante (ainda que não obrigatório por decisões com tal qualidade ou por súmulas vinculantes). (ALENCAR, 2009, P. 52/53).

Traçados tais apontamentos, podemos então concluir essa abordagem com a pontuação de alguns problemas concernentes ao apego aos precedentes e súmulas:

1º) eliminação da flexibilidade e capacidade de evolução; 2º) vinculação mais enérgica que a lei (por força de caráter casuístico); 3º) afastamento de uma compreensão ampla das instituições, por apego ao caso concreto; 4º) produção de um conhecimento complexo; 5º) possibilidade de perpetuação do erro. (TAVARES, 2009, P. 398)

O último ponto da abordagem de André Ramos Tavares revela algo extremamente perigoso. “As construções jurídicas não podem se distanciar dos parâmetros estabelecidos pela norma, muito menos confrontar sua existência” (ALENCAR, 2009, P. 105), assim, a propagação de um entendimento discordante da lei poderá disseminar uma aplicação errônea da norma jurídica causando consequências desastrosas às partes em litígio.

Por todo o exposto, percebe-se a necessidade do manejo com cautela de métodos interpretativos, bem como na referência ao precedente jurisprudencial, seja na forma de súmulas ou julgados, de modo a não esquecer as particularidades do caso e incorrer em injustiças. A generalização por um lado confere uniformidade de entendimento, contudo, cada caso é diferenciado, assim, ao mesmo tempo em que se busca a efetivação do princípio da igualdade, acaba-se por feri-lo.

AS ATENUANTES NA DOSIMETRIA DA PENA

Traçados os comentários acerca do poder normativo de uma súmula, antes de chegarmos à análise específica da súmula 231 do STJ, a qual veda o reconhecimento das atenuantes penais para redução da pena aquém de mínimo legal, é necessário entender o tratamento que tais atenuantes receberam e recebem na legislação penal e nos tribunais pátrios.

Hoje vigora o método trifásico de dosimetria da pena, contudo, nem sempre foi assim, antes da reforma do Código Penal de 1984, a pena era calculada por meio de um procedimento bifásico.

A antiga redação do art. 42, CP assim determinava:

Art. 42: Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

- I- determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;
- II – fixar, dentro dos limites legais, a quantidade de pena aplicável.

Na época em que a redação apresentada começou a vigorar, muito se discutiu acerca da quantidade de fases a serem observadas na aplicação da pena. Na época vigorou o sistema bifásico.

Neste sistema, atendendo a limitação constante no inciso II, do revogado art. 42 do Código Penal, o juiz ao analisar as circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, não poderia ultrapassar os limites da pena (pena) abstratamente cominada a determinado tipo legal. Cabe, portanto, destacar o que elucidava Aníbal Bruno:

Se existem circunstâncias agravantes e atenuantes, a pena-base será fixada pela consideração conjunta dessas circunstâncias, e dos elementos indicados no art. 42 da antiga redação da Parte Geral do Código Penal. Ocorrendo condições particulares de aumento ou de diminuição, essas viriam a alterar a pena-base fixada no cálculo. (BRUNO, 1969 *apud* SANTOS JUNIOR, 2011, p. 4)

Ainda, Alberto Marques dos Santos em artigo publicado na “Revista Jurídica” (Porto Alegre, 2001):

Pelo sistema *bifásico*, o juiz na ‘fase 1’, ponderava as circunstâncias judiciais, *mais atenuantes e agravantes*, e, pesados todos esses fatores, definia a pena-base. Depois, na ‘fase 2’, aplicava sobre a pena-base as causas de aumento e diminuição de pena, para chegar à pena definitiva. (SANTOS, 2001)

Ou seja, como se pode auferir, existia um entendimento pacificado e legal pela impossibilidade de reconhecimento de circunstâncias atenuantes para redução da pena aquém do mínimo abstratamente cominado ao tipo penal.

Ocorre que a legislação mudou, mas o posicionamento dos nossos tribunais permaneceu o mesmo. Atualmente vigora o sistema trifásico de aplicação da pena. Destaquemos a atual redação dos art. 59 e 68, *caput*, do Código Penal Brasileiro:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima,

estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

(...)

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Portanto, percebe-se que pelo exposto no art. 68, *caput*, CP, a dosimetria da pena deve seguir três etapas isoladas e consecutivas até a fixação da pena definitiva, consagrando o método trifásico de dosimetria da pena.

Pelo método *trifásico*, o juiz, na ‘fase 1’, ponderava *somente as circunstâncias judiciais* (aquelas que estão hoje no art. 59) e, com base nela, fixava a pena-base. Depois, na ‘fase 2’, aplicava, sobre a pena-base, as agravantes e atenuantes, chegando a uma ‘pena provisória’. E, enfim, na ‘fase 3’, aplicava sobre a pena provisória as causas de aumentos e diminuição, chegando à pena definitiva. (SANTOS, 2001)

Ainda com referência no citado art. 68, está claro que os critérios apresentados no art. 59, CP, em especial a restrição aos limites da pena abstratamente cominada a cada tipo penal, se aplicam apenas às circunstâncias judiciais, sendo o momento de análise das circunstâncias atenuantes e agravantes posterior e independente.

Ademais, os arts. 61 e 65, CP, ao elencarem as circunstâncias que agravam e atenuam a pena, respectivamente, o fazem afirmando que sempre ocorre o agravamento e atenuação, não estabelecendo qualquer critério, restrição ou limite que justifique o entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante que não poderá ultrapassar os limites legais.

Nesse sentido, cabe citar o que explica o Magistrado Rosivaldo Toscano dos Santos Junior:

Por outro lado, a redação dos arts. 61 e 65 é clara quando diz que as atenuantes e agravantes *sempre* agravam ou atenuam a pena. Não é lógico entender que sempre significa *às vezes*, o que poderia levar a um paradoxo ao se possibilitar que a expressão às vezes também possa ser tomada como *sempre*. (SANTOS JUNIOR, 2011, p. 244)

Está claro no excerto acima que a fuga de uma interpretação literal pode acarretar em um grave erro de interpretação, o que levaria a uma aplicação injusta do ordenamento brasileiro. Não podemos permitir que a interpretação dada a um dispositivo legal deturpe o seu verdadeiro sentido, em especial quando o faz de modo prejudicial ao réu, o que configura

uma verdadeira afronta à norma, o que não pode ocorrer, conforme explica o doutrinador André Ramos Tavares, citado no item anterior.

Se é vedado no ordenamento a analogia *in mallan partem*, também não cabe uma interpretação *in pejus*, que venha a preterir o direito de um acusado. Seria aplicar a doutrina do “Direito Penal do Inimigo”, segundo a qual o criminoso é inimigo da sociedade e por isso não tem direitos a serem preservados.

Ademais, conforme consagram as regras de hermenêutica, e explica Alberto Marques dos Santos, “a lei não contém palavras supérfluas ou inúteis”, de modo que não é possível desprezar determinada expressão para que se deturpe o sentido literal da norma.

Em que pese a clara redação legal, o posicionamento dos tribunais pátrios permanece no antigo sistema, ou seja, relegando as atenuantes e agravantes ao mesmo patamar das circunstâncias judiciais, criando uma limitação desarrazoada, propagando e enaltecendo o argumento de autoridade.

A ciência do direito é a mais democrática de todas, porque em nenhuma outra a opinião da maioria tem tanto peso. Se a jurisprudência e a doutrina majoritária disserem, algum dia, que a lei da gravidade é inconstitucional, quase todos os bacharéis em Direito acreditarão que podem voar.

O argumento de autoridade é repudiado, em quase todas as ciências como um *sofisma*. No mundo do Direito, ao contrário, é ordinariamente aceito, e, o mais usado de todos os argumentos. TÉRCIO SAMPÁIO diz, inclusive que o argumento de autoridade é o mais jurídico de todos.

(...)

Com efeito, muitas vezes a jurisprudência e a doutrina ditas “dominantes” têm servido apenas como pretexto para que os aplicadores do Direito se considerem dispensados do dever de pensar. (SANTOS, 2001)

Conforme exposto por Alberto Marques dos Santos, há uma obediência sega ao argumento de autoridade, muitas vezes por comodismo, ou como exposto anteriormente pela praticidade que comporta a fundamentação de uma sentença, produzindo a celeridade exigida pela demanda judicial, bem como por ser um dos requisitos de promoção na carreira da magistratura.

É o que ocorre com as atenuantes penais e a limitação criada pela doutrina e jurisprudência, sacramentada pela redação da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

STJ Súmula nº 231 - 22/09/1999 - DJ 15.10.1999 -Circunstâncias Atenuantes - Redução da Pena - Mínimo Legal

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Para que fique clara a gravidade da aplicação cega do que disciplina a referida súmula, em desrespeito ao princípio da igualdade, vez que trata igualmente pessoas em situações desiguais, ferindo a própria Constituição Federal, destaca-se exemplo trazido no artigo de Alberto Marques dos Santos:

Imagine-se que um dos réus tem a seu favor as circunstâncias do artigo 59, confessou e tem 18 anos, cometeu o crime com relevante valor moral e antes do julgamento reparou o dano. O outro tem contra si várias das circunstâncias do artigo 59, tem maus antecedentes, é criminoso habitual, seus motivos são egoísticos, sua personalidade é aberrante, sua conduta social é péssima, mas confessou e é menor de 21. Por isso, este último recebe pena superior à mínima e é premiado com duas atenuantes. O outro, que tinha bons antecedentes e tudo mais, recebe pena mínima e não recebe atenuação nenhuma. A aplicação da jurisprudência majoritária, nesse caso, leva a tratar melhor quem, pelos critérios legais, deveria receber tratamento mais severo. (SANTOS, 2001)

Como esclarece o Magistrado Rosivaldo Toscano, é mais comum do que se imagina, que, na prática, o julgador busque alguma forma de fixar uma pena-base acima no mínimo legal, para que possa aplicar a atenuante a qual o réu faz jus, somente para afirmar que não preteriu direito do acusado, haja vista ser mais cômodo adotar o posicionamento de um tribunal superior a ter que desenvolver fundamentação em sentido diverso.

Assim, as súmulas e precedentes formam a pia moral na qual o ator jurídico, envolto no senso comum da práxis jurídica, “lava as mãos”, amparando-se na jurisprudência de tribunais superiores, transferindo suas responsabilidades funcionais. Depois, vai dormir o sono dos inocentes, pois “Supremo” ou “Superior” (com a devida conotação hierárquica), já pensou por ele. (SANTOS JUNIOR, 2011, p. 237)

As regras de aplicação da pena foram elaboradas de modo a conferir uma maior reprimenda aos réus que cometem delitos atendendo algumas das circunstâncias judiciais desfavoráveis ou agravantes. A ideia é aplicar uma pena mais elevada ao reincidente, possuidor de maus antecedentes, ao que age por motivo fútil ou torpe, dentre outros elementos elencados pela lei. Ocorre que, aplicando a súmula 231, conforme anteriormente exemplificado, pode-se incorrer em sérias injustiças.

Procure imaginar e justificar o senso de justiça e equidade no caso de um crime, por exemplo furto, cometido por dois réus, A com todas as circunstâncias do art. 59, CP favoráveis confessa e é menor de 21 anos, B portador de maus antecedentes, confessa e por

isso receberá a aplicação de uma atenuante, enquanto que o primeiro não terá reconhecida nenhuma atenuante em seu favor, embora fazendo jus ao reconhecimento de duas, de modo que os dois poderão receber penas definitivas iguais. Ocorreu uma maior reprimenda à conduta mais reprovável? Foi respeitada a igualdade e individualização da pena? Foram respeitados os direitos do acusado?

Pior, imagine, agora, a situação de dois réus com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, um confessa e o outro nega, embora haja provas suficientes nos autos capazes de formar um decreto condenatório, de modo que o depoimento do segundo é inverídico. Ao prolatar a sentença condenatória, o magistrado acaba por aplicar penas-bases no mínimo legal, de modo que não será possível o reconhecimento da atenuante de confissão, recebendo ao final, os dois réus, penas definitivas iguais, ocorrendo um verdadeiro benefício à mentira em detrimento do que colaborou com a justiça.

Cabe mencionar ainda que, antes de iniciar o interrogatório judicial, o juiz condutor do ato, adverte ao acusado que a confissão é sempre mais benéfica e importará em redução de pena, contudo, ao realizar a dosimetria considera todas as circunstâncias do art. 59, CP favoráveis, de modo que não aplica qualquer redução referente a confissão. Estaria nesse caso cometendo o magistrado o crime de estelionato, ao se aproveitar do desconhecimento do réu, para que se auto incrimine?

É baseado nos argumentos acima e no senso de justiça e equidade que o magistrado Rosivaldo Toscano dos Santos Junior, juiz titular da segunda vara criminal do Distrito Judiciário da Zona Norte da Comarca de Natal/RN, aplica em suas sentenças reduções de pena aquém do mínimo legal, fundamentando sua decisão em circunstâncias atenuantes.

É claro que a defesa pela possibilidade de ultrapassar o limite mínimo de pena com o reconhecimento de atenuantes, por inexistência de uma restrição legal, implica em aceitar um aumento que ultrapasse o limite máximo de pena cominada ao delito, o que, ao contrário da primeira hipótese, é muito raro de se configurar na prática forense.

Todavia, a vedação ao desrespeito a esses limites, preconizada pela súmula 231, STJ, fala expressamente apenas nas circunstâncias atenuantes, o que nos leva a crer que o entendimento foi firmado com o propósito único e exclusivo de preterir o direito do acusado de receber redução a que faz jus, aplicando, mais uma vez, “o direito penal do inimigo”.

O posicionamento do dito magistrado, embora minoritário, não é isolado, cabendo aqui à citação de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

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 torna o sentenciado distinto dos demais. Assim, o Enunciado n. 231 da súmula do STJ, ao não permitir a redução da pena abaixo do mínimo legal, se derivada da incidência de circunstância atenuante, *data vênia*, viola frontalmente não só o princípio da individualização da pena, como, também, os princípios da legalidade, 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 vênia*, é violar frontalmente não só o princípio da individualização da pena, como também os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpabilidade. (ACR 2006.34.00.026013-7/DF, 3ªT. j. 18.10.2010, v.u., rel. Assusete Guimarães)

Em que pese todo o exposto e as consequentes injustiças que vem causando, no exercício da atividade judiciária, lamentavelmente, ainda prevalece o arcaico entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, fortalecendo o argumento de autoridade em detrimento de argumentos válidos.

PRINCÍPIOS ENVOLVIDOS NA MATÉRIA

Princípio da individualização da pena

Feitos os apontamentos anteriores, cabe uma elucidação acerca dos princípios do direito penal e do processo penal envolvidos na questão.

O primeiro princípio merecedor de destaque do qual se percebe uma clara violação com os exemplos anteriormente citados é o da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, CF, ao afirmar que a lei regulará a individualização da pena, o que é feito em três fases, sendo a primeira legislativa (com a definição pelo legislador da variação de pena aplicável a cada tipo penal), a segunda judiciária (com a fixação da pena concreta pelo magistrado) e a terceira executiva (forma individualizada de cumprimento da pena).

A individualização está prevista no art. 5º da Constituição da República, sendo este o artigo que elenca os direitos fundamentais dos indivíduos, de modo que podemos concluir ser direito do sentenciado o recebimento de uma pena individualizada. Nesse sentido:

A individualização da pena na sentença condenatória é direito constitucional do acusado, que quando desatendida, acarreta à decisão nulidade que pode ser reconhecida de ofício pelo Tribunal. (ApCrim 0599295-2/PR, 5ª Câmara Criminal, j. 18.02.2010, v.u., rel. Maria José de Toledo Marcondes Teixeira).

O Código Penal, ao descrever cada crime, comina uma pena a ser utilizada como parâmetro para a punição daquele que comete o delito. Contudo, deixa uma variação de pena que deverá ser concretizada pela atividade jurisdicional.

A fim de não deixar a cargo da pura discricionariedade do juiz, o código também traz uma série de regras para a definição dessa pena. Como já foi exposto, hoje vigora o método trifásico de aplicação da pena, devendo o magistrado seguir à risca as três etapas descritas no ordenamento, sempre fundamentando os patamares de pena fixados.

Pena – Individualização (CP, art. 59)

A individualização da pena é exigida pelo Código Penal, com assento na Constituição da República. Cumpre ao magistrado ponderar os requisitos mínimos do art. 59 do Código Penal. Em seguida, à pena-base, considerará circunstâncias agravantes e atenuantes. Por fim, causas de aumento ou diminuição. A sentença será fundamentada, exigindo-se, como tal, explicitação dos fatos, de modo que se conheça como foram ponderados. (STJ,RHC nº 0895-MG, 6ª Turma – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ 1ª/04/1991)

É todo esse procedimento que deverá garantir que cada infrator da lei receba uma pena proporcional e individual relacionada à sua conduta. Não seria justo punir da mesma forma todas as pessoas que cometem crimes, ainda que do mesmo tipo, sem considerar na aplicação da pena, as peculiaridades de cada caso.

É nesse sentido que Guilherme Nucci define o que seria a individualização da pena:

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e 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 coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindido da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto. Como diz JOSÉ ANTÔNIO PAGANELLA BOCHI, o princípio da individualização da pena, que “visa a resguardar o valor do indivíduo – precisa ser juridicamente considerado. A atitude implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e se autor, vedadas as abstrações e as generalidades que ignoram o que o homem tem de particular”. (NUCCI, 2011, p. 36)

Um dos parâmetros utilizados nesse processo de individualização é justamente a aplicação das circunstâncias atenuantes, ou seja, o reconhecimento de que a ocorrência de determinadas coisas deve ser observada para beneficiar o acusado. Dessa forma, a súmula 231

do STJ ao impedir a redução da pena, com base na aplicação de atenuantes, aquém do mínimo legal, levaria muitas vezes, como já foi exposto, a conceder penas iguais a acusados em situações diversas, bem como deixar de ser considerada certa circunstância, que constitui direito do réu, de modo que não haveria uma individualização na forma prevista em lei.

Princípio da proporcionalidade

Outro princípio consagrado em todo o ordenamento jurídico, e também aplicado na esfera penal, é o da proporcionalidade, podendo assim ser apresentado:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode ser alguém privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelecendo-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionais, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade). (FRANCO, 1997 *apud* GRECO, 2006, p. 81)

Em outras palavras, deve haver uma relação proporcional da pena aplicada com o delito cometido. Deve haver a observação da proporcionalidade tanto pelo legislador (em abstrato) quanto pelo magistrado (em concreto). Não devem ser aplicadas penas excessivamente elevadas a delitos de menor potencial ofensivo ou penas ínfimas a delitos com maior grau de ofensividade.

Dessa forma, uma correta dosimetria da pena, deve observar todas as etapas previstas em lei de forma a compor uma pena proporcional ao delito praticado, considerando todas as particularidades do caso concreto, de modo a individualizar o fato e o criminoso. Nesse ponto, a proporcionalidade anda de mãos dadas com a individualização da pena.

Assim sendo, violar o direito do acusado de ver sua pena reduzida pelo reconhecimento de circunstância atenuante em função de um posicionamento arcaico e *contra legem*, não é um entendimento razoável e proporcional, de modo que a súmula em questão fere diretamente os princípios constitucionais e os direitos fundamentais do acusado.

Princípio da culpabilidade

A culpabilidade constitui o juízo de reprovação de uma conduta, devendo ser considerado na hora de fixar uma pena justa, proporcional que individualize a pena aplicada a cada caso concreto.

O princípio da culpabilidade não se encontra no rol dos chamados princípios constitucionais expressos, podendo, no entanto, ser extraído do texto constitucional, principalmente do chamado princípio da dignidade da pessoa humana. (GRECO, 2006, p. 94)

Em que pese constar a culpabilidade no rol das circunstâncias judiciais, previstas no art. 59, CP, que devem ser observadas na fixação da pena-base, ainda na primeira fase da dosimetria da pena, enquanto princípio deve influenciar no juízo de valor e na equidade das demais etapas, constituído, nos dizeres de Rogério Greco um “critério regulador” da dosimetria da pena.

Aliás, 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 de reprovação social por ele merecida. (NUCCI, 2011, p. 51)

Princípios da inexigibilidade de autoincriminação e da ampla defesa

Cabe ainda, na análise principiológica, mencionar um pouco sobre o interrogatório judicial, atendo-se, neste tópico, especificamente, à atenuante de confissão prevista no art. 65, III, *d*, CP.

O interrogatório é um importante momento e ato de defesa do réu, o qual tem a oportunidade de, pessoalmente, apresentar a sua versão do fato em apuração, promovendo a sua autodefesa. Além de ter caráter amplamente defensivo, o interrogatório, realizado na fase instrutória do processo, também constitui elemento probatório, de modo que deve o acusado ter o conhecimento de que o que ele fala pode ser usado contra ele mesmo.

A proclamação que o acusado venha a deduzir no processo assume relevo de ícone, porque será ponto de partida para qualquer conclusão no julgamento que lhe atribua ou não responsabilidade pelos fatos imputados, total ou parcialmente. (SILVA, 2010, p. 19)

Mais à frente, o mesmo autor destaca o citado caráter dúplice do interrogatório:

A análise isolada da posição topográfica do interrogatório, no Código de Processo Penal, pende para a conclusão de que deva ser esse ato definido e reconhecido como meio de prova, produzido pelo réu, mês em consideração ao princípio da aquisição processual, segundo o qual não importa a iniciativa para sua produção, posto que é sempre destinada à formação do juízo de valor contido na decisão, podendo servir de mote para a própria parte acusatória ou assistente deduzirem ou fundamentarem suas teses e, obviamente, para a defesa do acusado. (SILVA, 2010, p.19-20)

Sendo meio de prova e meio de defesa, deve ser utilizado com cautela pelo acusado e respeitados os princípios da ampla defesa e da inexigibilidade de autoincriminação.

Antes de iniciar o interrogatório do réu, o magistrado deve informá-lo do seu direito constitucional de ficar calado, bem como que a confissão importa em redução de pena, o que já foi discutido em exemplo no capítulo anterior.

No processo, deve ser assegurado o manejo de todos os meios de defesa possível bem como o direito de não produzir provas contra si mesmo. Imagine, então, o caso de um processo que carece de provas para a condenação, mas que o acusado, influenciado pela informação passada pelo magistrado de que a confissão importa em redução de pena, confessa em detalhes o delito, sendo esta confissão elemento essencial para a prova da ocorrência do crime.

O réu, portanto, foi induzido pelo magistrado a produzir provas contra si mesmo, bem como teve a sua defesa prejudicada, uma vez que a mentira poderia ter levado a uma absolvição, haja vista que, constituindo elemento de defesa, o acusado não está obrigado, no interrogatório, a falar a verdade, sendo a mentira considerada um meio de defesa.

Ainda no exemplo hipotético, imagine que esse mesmo réu tem a seu favor todas as circunstâncias do art. 59, CP, favoráveis, de modo que a pena-base será fixada no mínimo legal, o magistrado, respeitando a súmula 231, STJ, não reduz a pena com base na confissão.

Ou seja, incutido pelo magistrado que a confissão importaria em redução de pena, o acusado produziu contra si a prova que faltava, a prova essencial a sua condenação, tendo sido esta a definidora da condenação, sem ao final receber a redução prometida, enquanto que a mentira poderia ter culminado em absolvição, ou, em caso de condenação, na mesma pena, haja vista não ser a mentira elemento que impõe o agravamento ou aumento de pena.

Nesse caso, além de desrespeitado o direito do acusado de ver sua pena reduzida, também foram desrespeitados os princípios da inexigibilidade de autoincriminação e ampla defesa.

Análise principiológica pode ser muito mais extensa, existindo uma grande relação entres os princípios e os direitos tutelados que devem ser observados em conjunto na aplicação efetiva do direito.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SÚMULA 231, STJ

Cumpre agora esclarecer quais foram os argumentos utilizados nos precedentes que culminaram com a edição da súmula 231, STJ, a qual foi amplamente rechaçada no presente artigo.

No voto proferido pelo ministro Felix Fischer no julgamento do Recurso Especial 146.056/RS, julgado em 07/10/1997, existem dois argumentos que merecem destaque.

A **quaestio** não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada. **Primeiro**, qual seria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do CP., mormente se o estatuto repressivo indica, ainda, um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito? **Segundo**, admitindo-se, **ad argumentandum**, a redução almejada no recurso especial, qual seria o **limite**? A pena zero? (REsp 146056 RS 1997/0060498-5, 5ª T., j. 07/10/1997, rel. Ministro Felix Fischer, DJ. 10/11/1997)

Nesse excerto, o ministro trás à tona dois argumentos que podem ser rebatidos. Ao iniciar a argumentação fala em solução tradicional, ou seja, se apegando ao passado, a um modelo antigo e ultrapassado pela reforma penal de 1984, conforme já fora exposto, que retirou a restrição legal que existia nesse sentido, ferindo a necessidade de modificação das leis e de suas interpretações diante da modificação da sociedade.

De fato, se o legislador fixa pena mínima e máxima para cada crime, esta não pode ser de todo desconsiderada, mas também é preciso ter em mente ser uma definição abstrata, a qual deverá ser tomada como parâmetro pelo magistrado na fixação concreta da pena diante das particularidades do caso concreto frente à abstração de generalidade da norma, ademais criar o limite não previsto em lei seria criar penas *ad hoc*, o que fere o princípio da legalidade e a Constituição que afirma o art. 5º, inciso XXXIX, a necessidade de anterioridade de previsão de pena.

O segundo argumento versa acerca da inexistência de um critério matemático na valoração de atenuantes e agravantes, de modo que permitir a extrapolação dos limites de pena abstratamente cominados constituiria uma atitude arbitrária do julgador e levaria ao risco

de pena zero, embora não tenha considerado o risco de pena excessivamente alta, realizando uma abordagem apenas contrária aos direitos do réu.

Contudo, cada atenuação deve ser realizada sobre a pena resultante da atenuação anterior, modalidade adotada por lei no cálculo das majorantes e minorantes, de modo a sempre sobrar uma fração de pena e não somando fazendo um cálculo fixo em cima da pena-base aplicando reduções que somadas levariam ao nada.

Ademais, cumpre observar exemplo apresentado pelo magistrado Rosivaldo Toscano ao argumentar nesse sentido:

Somente como curiosidade, para que o hipotético sentenciado por homicídio simples tivesse uma pena zero (pois o CP determina que se ignore fração de dia), teriam que ser reconhecidas em benefício dele nada menos que 36 atenuantes. (SANTOS JUNIOR, 2011, p. 256)

Ou seja, o risco de pena zero é algo verificado apenas do plano da abstração, de forma que não pode ser utilizado como argumento para que a jurisprudência crie uma limitação, contrariando a lei, ao reconhecimento de direito de um réu.

O segundo precedente listado na súmula 231 é o Recurso Especial 49.500/SP, julgado em 29 de junho de 1994. Contudo, o mesmo faz referência penas ao REsp 15.695/PR, o qual remete ao julgamento do HC 63.707 do Supremo Tribunal Federal, o qual argumenta apenas em ser entendimento pacificado pela corte e remete a outro julgado. Para não ficar nesse jogo de repassar argumentos, passa-se à análise de outro precedente da súmula em debate.

Ao fundamentar o voto proferido no julgamento do Recurso Especial 46.182/DF, julgado em 04/05/1994, o ministro relator Jesus Costa Lima, se limitou a reproduzir acórdãos, sem desenvolver uma intensa argumentação, além de afirmar, sem justificar a afirmativa:

Na dosimetria da pena, segundo a reforma penal de 1984, o Juiz Procede a diversas operações: a) fixa a pena-base apreciando as circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal); b) se houver circunstâncias legais – agravantes e atenuantes –, as sopesa e diminui ou agrava a pena sem extrapolar o limites legais, mínimo e máximo; c) havendo qualificadora, aumenta a pena na quantidade prevista na parte especial do Código Penal. Apenas nessa última etapa é que a pena pode ser fixada aquém ou além dos limites, abstratamente cominados. (REsp 46182 DF 1994/0008847-7, 5ª T., j. 04/05/1994, rel. Ministro Jesus Costa Lima, DJ 16/05/1994)

Ou seja, o ministro se limita a explicar o procedimento trifásico de dosimetria da pena, acrescentando, sem justificar, a limitação quanto à incidência de agravantes e atenuantes, ferindo, aqui, a regra mandamental de que toda decisão deve ser fundamentada.

No que tange à análise do Recurso Especial 32.344/PR, julgado em 17/05/1993, o qual teve como relator o ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, destaca-se comentário feito pelo magistrado Rosivaldo Toscano dos Santos Junior:

Mais um caso de falácia: a causa de diminuição não se confunde com a atenuante (premissa), pois aquela afeta a cominação (pena em abstrato), enquanto esta a aplicação (pena em concreto) (premissa). E conclui que por isso a atenuante não pode ultrapassar os limites cominados. Essa confusão com cominação/aplicação nada tem a ver com o assunto. Isso não é relevante para a conclusão extraída. Na verdade, as causas de aumento e de diminuição da pena possuem limites expressos e as agravantes/atenuantes não. Mas isso não implica concluir em alguma vedação, notadamente quando a lei diz que são de aplicação obrigatória. (SANTOS JUNIOR, 2011, p. 247-248)

Quando do julgamento, em 01/12/1992, do REsp 15.691/PR, a discussão principal se ateve à correta observância ou não do método trifásico de dosimetria da pena, pois teria o magistrado de primeiro grau invertido as etapas e primeiro aplicado causa de aumento de pena para depois aplicar redução com base em circunstância atenuante, ou seja, procedendo a terceira fase, para depois aplicar a segunda.

Contudo, mais uma vez foi apresentada a tese combatida nesse artigo, quando, no voto vogal do ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, afirma que reconhecer uma atenuante para reduzir a pena aquém do mínimo abstratamente cominado ao caso seria igualá-la à condição de causa especial da diminuição de pena, valendo para afastar esse argumento a mesma tese falaciosa do magistrado Rosivaldo Toscano anteriormente exposta.

Por fim, o último precedente listado para a formação da súmula 231, STJ é o REsp, 7.287/PR, julgado em 16/04/1991, cujo relator foi o ministro Willian Patterson. Ao iniciar o voto, o relator afirma que o reconhecimento de atenuante para a redução de pena aquém do mínimo legal, contraria os art. 65, IV, d, 67, 67 e 71 todos do Código Penal, argumento este que não procede, haja vista, como exaustivamente explanado, não constar na lei penal qualquer restrição desta ordem, a qual só existe quando da análise das circunstâncias judiciais na fixação da pena-base na primeira fase de dosimetria da pena.

Ademais, faz menção a precedentes, o que, como analisado na primeira seção deste artigo, é uma forma de argumentação que exige cautela, pois, muitas vezes gera um comodismo: a substituição do dever de fundamentação das decisões; ou seja, leva à substituição da argumentação pela remissão a julgados diversos e argumentos de autoridade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os argumentos apresentados, em especial o rebatimento aos motivos presentes nos precedentes da súmula 231 do STJ, percebe-se que a mesma possuiu uma validade duvidosa, com o seu mandamento beirando à inconstitucionalidade. Embora não seja uma súmula alvo de combate por meio de Ação Direita de Inconstitucionalidade, nada há de obstar o afastamento de sua aplicação por entender que o seu fundamento afronta a norma maior.

Não existindo legalmente uma limitação ao reconhecimento e aplicação das circunstâncias atenuantes e, por simetria, agravantes, a qual é criada por uma extensão temporal de um sistema já revogado, ocorre um flagrante desrespeito ao réu criminal que só verá seu direito ser respeitado se não tiver todas as circunstâncias judiciais favoráveis. A redação da lei penal não deixa qualquer dúvida: “sempre” não significa “às vezes”. O art. 68 afirma que a pena-base será fixada considerando as circunstâncias judiciais dentro dos limites legais, apresentando em seguida um ponto e vírgula, ou seja, separando as informações, para falar das atenuantes e agravantes e causas de aumento e diminuição.

Se o entendimento clássico estivesse em consonância com a redação do Código Penal, no mínimo, dever-se-ia aplicar a mesma limitação à terceira fase de dosimetria da pena. Infelizmente, ainda predomina o entendimento sumulado e contrário à lei, haja vista a preservação do argumento de autoridade e à cega submissão dos nossos magistrados aos tribunais superiores.

Esse ponto é de bastante relevo, pois constitui uma flagrante afronta aos direitos do acusado. O réu que possui todas as circunstâncias judiciais boas não verá ser aplicada circunstância atenuante pelo motivo de ser sua pena-base fixada no mínimo legal, enquanto que outro, com circunstâncias judiciais ruins, será beneficiado, sendo possível que venham a receber ao final penas semelhantes. Não parece ser isso o que se entende por justiça ou a tão aplaudida equidade.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Efeito Vinculante e Concretização do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009.

CÓDIGO PENAL. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 01/02/2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 4 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Alberto Marques dos. **Atenuantes e pena mínima**. Disponível em <<http://albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/atenuante-e-pena-minima/>>. Acesso em: 15/02/2012.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena**. Revista dos Tribunais. vol. 908. p. 233-262. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2011.

SILVA, Amaury. **Interrogatório: panorama segundo a Lei 10.792/2003**. 2. Ed. Leme: Mizuno, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.