

# A DOSIMETRIA DA PENA E A SÚMULA 231 DO STJ

Tatiana Mauricio Neves<sup>1</sup>

Marcos Túlio Fernandes Melo<sup>2</sup>

## RESUMO

No presente estudo, o principal objetivo foi a abordagem do tema “Dosimetria da pena”, e a análise de suas circunstâncias judiciais, que estão elencadas no artigo 59 do Código Penal, suas causas atenuantes e agravantes, bem como as minorantes e majorantes, em consonância com a efetiva aplicação prática dessas circunstâncias na sentença condenatória. Para tanto, levar-se-á em conta, a súmula 231 do STJ, explanando acerca de suas implicações no cálculo final da pena. Destarte, serão trazidas à baila discussões doutrinárias e jurisprudenciais, no tocante à (in) constitucionalidade de sua aplicação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dosimetria da pena, circunstância judicial, Súmula 231 do STJ.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa ilustrar o conhecimento da dosimetria da pena no ordenamento jurídico-penal brasileiro, sob o espectro da súmula 231 do STJ.

Nesse sentido, serão expostas as teorias da pena, bem como qual é a teoria adotada pelo ordenamento Brasileiro, como é realizada a dosimetria da pena, e como é fixada a pena base.

No artigo 65 do Código Penal são estabelecidas hipóteses em que a pena deve ser atenuada sempre, mas devido à edição da Súmula 231 do STJ, consolidou-se o entendimento que circunstâncias atenuantes não podem reduzir à pena abaixo do mínimo legal, o que a luz de algumas correntes é inconstitucional, com esse entendimento o disposto no Código Penal é ignorado.

## 2. CONCEITO DE PENA

Vários autores tentam explicar o conceito da pena, abaixo estão alguns conceitos.

Rogério Sanches Cunha conceitua a pena como:

---

<sup>1</sup>UNIVAG – Centro Universitário de Várzea Grande. Área de Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Acadêmica da disciplina TCC II, turma DIR 123 2NA. Email: <tatilight@hotmail.com>.

<sup>2</sup>UNIVAG – Centro Universitário de Várzea Grande. Área de Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Mestre, Orientador. Email: marcostúlioadvogacia@hotmail.com.

Pena é espécie sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. Sua imposição depende do devido processo legal, através do qual se constata a autoria e materialidade de um comportamento típico, antijudico e culpável não atingido por causa extintiva da punibilidade. É sabido (ecomprovado) que a convivência harmônica dos integrantes de uma sociedade depende do poder punitivo estatal. Trata-se, portanto, de uma forma de controle social irrenunciável. (CUNHA, 2017, p. 421)

Para Fernando Capez a pena é:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade. (CAPEZ, 2016, p. 379)

Cleber Masson conceitua a sanção penal como:

Privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais. O bem jurídico de que o condenado pode ser privado ou sofrer limitação varia: liberdade (pena privativa de liberdade), patrimônio (multa, prestação pecuniária e perda de bens e valores), vida (pena de morte, na excepcional hipótese prevista no art. 5.º, XLVII, “a”, da CF) ou outro direito qualquer, em conformidade com a legislação em vigor (penas restritivas de direitos). (MASSON, 2017, p. 612)

Pode se concluir, tomando os entendimentos acima como base, que a pena é imposta como uma sanção penal, quando determinado sujeito infringe uma lei, cometendo crimes ou contravenções penais, sendo que esta sanção pode ser de várias naturezas, em que o réu pode ser privado de algum bem jurídico, como forma de desestimular que a sua reincidência e punir pelo ato praticado.

No entanto, para definir qual é a real função da pena existem algumas Teorias da Pena de correntes de doutrinadores.

## **2.1 TEORIAS DA PENA**

A imposição de penalidade possui uma finalidade, no entanto, existem correntes diversas a respeito de qual é a função da pena, Cesare Beccaria, em sua obra “Dos Delitos e das Penas”, dispõe que:

Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando o bem público. Cada homem somente por interesses pessoais está ligado às diversas combinações políticas deste globo; e cada um desejaria se possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens. As leis foram às condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra.

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte para dela usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania da nação; A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. (BECCARIA, 2012, p.16 e 17)

Assim, pode afirmar que, a partir do momento em que os seres humanos, passaram a conviver em grupos, passaram a existir regras, assim limitando a liberdade individual de cada um, para garantir a liberdade de todos como um grupo, a fim de diminuir os riscos existentes no mundo, e controlar a ação de indivíduos dentro do grupo.

No entanto, para garantir que os indivíduos de um grupo seguissem as regras, foi necessária a criação de ações de contrapartida para aqueles que descumprissem essas regras, ou seja, foram criadas punições para indivíduos que não seguissem as regras do grupo por algum motivo.

Ocorre que, atualmente existe a discussão de qual seria a finalidade da pena, pode destacar 3 grandes correntes; a Teoria absoluta ou da retribuição; a teoria relativa, finalista, utilitária ou da prevenção, e a Teoria Mista, eclética, intermediária ou conciliatória.

### **3. TEORIA ABSOLUTA OU DA RETRIBUIÇÃO:**

Para Fernando Capez a teoria absoluta tem como finalidade:

A finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal. A pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico (*punitur quia peccatum est*) (CAPEZ, 2016. p. 380)

Segundo Cleber Masson:

De acordo com esta teoria, a pena desponta como a retribuição estatal justa ao mal injusto provocado pelo condenado, consistente na prática de um crime ou de uma contravenção penal (*punitur quia peccatum est*). Não tem finalidade própria prática, pois não se preocupa com a readaptação social ao

infrator da lei penal. Pune-se simplesmente como retribuição à prática do ilícito penal. A pena atua como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso, com a finalidade única de castigá-lo, fator esse que proporciona a justificação moral do condenado e o restabelecimento da ordem jurídica. (MASSON, 2017, p. 616)

Segundo Costa,

a pena é uma forma de retribuição ao criminoso pela conduta ilícita realizada, é a maneira de o Estado lhe contrapesar pelo possível mal causado à uma pessoa específica ou à própria sociedade como um todo (bens jurídicos).<sup>1</sup> Diante desta teoria, não se vislumbra qualquer outro objeto a não ser o de punir o condenado, lhe causando um prejuízo, oriundo de sua própria conduta, um meio de o condenado entender que está sendo penalizado em razão de seu desrespeito para com as normas jurídicas e para com seus iguais. (COSTA, 2015)

Assim, resta definido que, a Teoria absoluta, defende atribuir a finalidade da pena como sendo puramente a forma do Estado punir, retribuir, vingar-se, atribuir uma consequência, àquele que praticou algum crime ou contravenção, ou seja, que descumpriu a Lei, o ordenamento jurídico vigente.

#### **4. TEORIA RELATIVA, FINALISTA, UTILITÁRIA OU DA PREVENÇÃO:**

Já a Teoria Relativa ou Preventiva

Possui uma pretensão diferente da anterior, e têm por objetivo a prevenção de novos delitos, ou seja, busca obstruir a realização de novas condutas criminosas; impedir que os condenados voltem a delinquir. (Costa, 2015)

Fenando Capez explica que segundo a Teoria relativa a pena:

Tem um fim prático e imediato de prevenção geral ou especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não delinquem porque têm medo de receber a punição). (CAPEZ, 2016, p. 380)

Para Cleber Masson:

Para essa variante, a finalidade da pena consiste em prevenir, isto é, evitar a prática de novas infrações penais (*punitur ne peccetur*). É irrelevante a imposição de castigo ao condenado. Adota-se uma posição absolutamente contrária à teoria absoluta. Destarte, a pena não está destinada a realização da justiça sobre a terra, servindo apenas para a proteção da sociedade. A pena não se esgota em si mesma, despontando como meio cuja finalidade é evitar futuras ações puníveis. (MASSON, 2017, p. 616)

Como conclusão dessa teoria Martins dispõe que

Observa-se que, para tal teoria, presume-se que o condenado irá cometer novas condutas ilícitas, caso não seja punido imediatamente, por esta razão, a teoria relativa ou preventiva visa a impedir o cometimento de ilícitos. É uma forma de manter a paz e o equilíbrio social, haja vista que aquelas pessoas que presumidamente são criminosas, ou tenham uma pré-disposição ao crime, já estarão encarcerados, dificultando assim a ocorrência de novas condutas ilegais. (Martins, 2014)

Conclui dessa forma que, esta Teoria defende que, a punição tem a finalidade de coibir com instituição de penas, a ação de pessoas que poderiam cometer infrações, infligindo a elas, o temor de que, se as mesmas cometerem crimes, poderia sofrer uma punição, e que por esse temor, desistem, ou se esforçam para não cometer nenhum ilícito, como forma de não receber a punição que o estado pode impor a ela.

Ela possui duas funções a prevenção geral e especial. A prevenção geral Segundo Cleber Masson “é destinada ao controle da violência, na medida em que busca diminuí-la e evitá-la. Pode ser Negativa ou positiva” (MASSON, 2017, p. 616).

A prevenção geral negativa busca a intimidação das pessoas do grupo a respeito da gravidade da pena, nas palavras de Cleber Masson:

A prevenção geral negativa busca intimidar os membros da coletividade acerca da gravidade e da imperatividade da pena, retirando-lhes eventual incentivo quanto à prática de infrações penais. Demonstra-se que o crime não compensa, pois ao seu responsável será inevitavelmente imposta uma pena, assim como aconteceu em relação ao condenado punido. (MASSON, 2017, p. 617)

Já prevenção geral positiva, “consiste em demonstrar e reafirmar a existência, a validade e a eficiência do Direito Penal”. (MASSON, 2017, p. 617)

A prevenção Especial, também se divide em duas, segundo Cleber Masson:

Para a prevenção especial negativa, o importante é intimidar o condenado para que ele não torne a ofender a lei penal. Busca portanto, evitar a reincidência. Finalmente, a prevenção especial positiva preocupa-se com a ressocialização do condenado, para que no futuro possa ele, com o integral cumprimento da pena, ou, se presentes os requisitos legais, com a obtenção do livramento condicional, retornar ao convívio social preparado para respeitar as regras a todos impostas pelo Direito. A pena é legítima somente quando é capaz de promover a ressocialização do criminoso. (MASSON, 2017, p. 617)

## **5. TEORIA MISTA, ECLÉTICA, INTERMEDIARIA OU CONCILIATÓRIA:**

A respeito do tema, no texto “O Direito de punir” o autor Dienio Santos Silva dispõe que segundo a Teoria Mista:

A pena objetiva punir o condenado, retribuindo a este o mal causado em decorrência de seu delito, simultaneamente a pena objetiva a prevenção de novas condutas delituosas, fazendo com que o criminoso não realize novas condutas ilícitas, bem como, que a própria sociedade tenha receio em desobedecer à legislação penal. (Dienio, 2017)

Para Fenando Capez

A pena tem dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*) (CAPEZ, 2016, p. 380)

Segundo Cleber Masson:

A pena deve, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante à sociedade. Em síntese, fundem-se as teorias e finalidades anteriores. A pena assume tríplice aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção especial. (MASSON, 2017. p. 618)

Vemos portanto que, a Teoria Mista é a junção da últimas duas Teoria, e tem as três finalidades, quais sejam a de retribuir a ação do sujeito que cometeu a infração, de prevenir que a sociedade infrinja as Leis, por temer a punição e a de intimidar e ressocializar o infrator à sociedade, sendo esta ultima, a Teoria adotada pelo ordenamento Brasileiro.

## **6. A DOSIMETRIA DA PENA**

Para a aplicação da pena, é realizado um cálculo que é chamado de dosimetria da pena, este cálculo se dá em três fases distintas, conforme determina o art. 68 do Código Penal (BRASIL, 1940), em que primeiro o julgador determinará a pena-base, observando o estabelecido no art. 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), e sobre a Pena-base, serão incididos na segunda fase as circunstâncias atenuantes e agravantes, e por último na terceira fase as causas de diminuição e aumento da pena.

### **6.1 FIXAÇÕES DA PENA BASE:**

São 8 (oito) as circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940) são: A primeira fase consiste na fixação da pena base; Isso se dá pela análise e valoração subjetiva de oito circunstâncias judiciais. São elas: Culpabilidade (valoração da culpa ou dolo do agente); Antecedentes criminais (Análise da vida regressa do indivíduo- se ele já possui uma condenação com trânsito em julgado - Esta análise é feita através da Certidão de antecedentes criminais, emitida pelo juiz; ou pela Folha de antecedentes criminais, emitida

pela Polícia civil); Conduta social (Relacionamento do indivíduo com a família, trabalho e sociedade. Personalidade do agente (Se o indivíduo possui personalidade voltada para o crime); Motivos (Motivo mediato); Circunstâncias do crime (modo pelo qual o crime se deu); Conseqüências (além do fato contido na lei); Comportamento da vítima (Esta nem sempre é valorada, pois na maioria das vezes a vítima não contribui para o crime), passemos a analisar cada uma delas individualmente.

Culpabilidade: é um dos elementos essenciais para aplicação da pena, se o agente não tiver culpa não responderá pelo fato, conforme disciplina Fernando Capez, *in verbis*:

(...) culpabilidade é o juízo de reprovação exercido sobre o autor de um fato típico e ilícito. Trata-se de pressuposto para a aplicação da pena. Se houver culpabilidade, o agente responderá pelo fato; caso contrário, será absolvido. Desse modo, a culpabilidade funciona como pressuposto para que o sujeito seja condenado e receba uma pena, e não como critério de dosagem da quantidade da pena a serem aplicados. Assim, todos os culpáveis serão punidos, mas aqueles que tiveram um grau maior de culpabilidade receberão, por justiça, uma pena mais severa. Do mesmo modo, o dolo e a culpa integram o fato típico, sendo elementos inseparáveis da conduta. Não poderia, por essa razão, jamais atuar na fase de fixação da pena, pois a sua existência é pressuposto para que haja fato típico. No entanto, o grau de culpa e a intensidade do dolo importam na quantidade de pena que será atribuída ao acusado. Em outras palavras, todos que agem com dolo ou culpa cometem crime doloso ou culposo, mas, dependendo da intensidade dessa culpa ou desse dolo, a pena será mais ou menos branda. (CAPEZ, 2016, p. 479)

Antecedentes: refere-se a todos os fatos anteriores da vida do agente, nas palavras de Fernando Capez:

(...) são todos os fatos da vida pregressa do agente, bons ou maus, ou seja, tudo o que ele fez antes da prática do crime. Consideram-se para fins de maus antecedentes os delitos que o condenado praticou antes do que gerou a sua condenação. Os delitos praticados posteriormente não caracterizam os maus antecedentes. (CAPEZ, 2016, p. 480/481)

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foi editada a Súmula 444 (STJ, 2010), no sentido de que: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Conduta social: refere-se a todo seu comportamento na sociedade, como o trabalho, família e qualquer outro comportamento na sociedade. (CAPEZ, 2016, p; 482)

Personalidade: para Fernando Capez a personalidade é mais bem atribuída ao campo da psicologia:

(...) é a índole do agente, seu perfil psicológico e moral. Seu conceito pertence mais ao campo da psicologia e psiquiatria do que ao direito, exigindo-se uma investigação dos antecedentes psíquicos e morais do agente, de eventuais traumas de infância e juventude, das influências do meio circundante, da capacidade para elaborar projetos para o futuro, do nível de irritabilidade e periculosidade, da maior ou menor sociabilidade, dos padrões éticos e morais, do grau de autocensura etc. A intensificação acentuada da violência, a brutalidade incomum, a ausência de sentimento humanitário, a frieza na execução do crime, a inexistência de arrependimento ou sensação de culpa são indicativos de má personalidade. (CAPEZ, 2016, p. 483)

Motivos do crime: refere-se ao que levou o agente a realizar a conduta. A motivação do crime influi na dosimetria da pena, podendo ser classificada como qualificadora agravante ou atenuante genérica, causa de aumento ou de diminuição da pena. (CAPEZ, 2016, p. 483)

Circunstâncias e conseqüências do crime: conforme Fernando Capez:

(...) possuem caráter genérico, incluindo-se nessa referência as de caráter objetivo e subjetivo não inscrito em dispositivo específico. As circunstâncias podem dizer respeito, por exemplo, à duração do tempo do delito, que pode demonstrar maior determinação do criminoso, ao local do crime, que pode indicar a maior periculosidade do agente, à atitude de frieza, insensibilidade do agente durante ou após a prática da conduta criminosa. As conseqüências dizem respeito à extensão do dano produzido pelo delito, desde que não constituam circunstâncias legais. Embora todos os crimes praticados com violência causem repulsa, alguns trazem conseqüências particularmente danosas, como o latrocínio em que a vítima era casada, deixando viúva e nove filhos, dois deles com trauma psíquico irreversível. No caso do chamado crime exaurido, que é aquele onde, mesmo após a consumação, o agente perseverou na sua agressão ao bem jurídico, as conseqüências do crime atuam decisivamente para o aumento da pena. (CAPEZ, 2016, p. 483)

Comportamento da vítima: pode ser levado em consideração se a vítima contribuiu para a ocorrência do crime “embora inexista compensação de culpas em Direito Penal, se a vítima contribuiu para a ocorrência do crime, tal circunstância é levada em consideração, abrandando-se a pena do agente.” (CAPEZ, 2014, p. 484).

## 6.2 ATENUANTES E AGRAVANTES

Na segunda fase da dosimetria ocorre a Análise das circunstâncias atenuantes e agravantes da pena.

Os artigos 65 e 66 do Código Penal (BRASIL, 1940), dispõem sobre as circunstâncias Atenuantes, que são a circunstâncias em que a pena sempre deverá ser atenuada/reduzida, *in verbis*:

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

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

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

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

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as 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.

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (BRASIL, 1940)

Já os artigos 61 e 62 do Código Penal (BRASIL, 1940), dispõem sobre as circunstâncias Agravantes, em que a pena sempre será agravado-aumentada, quando não constituírem ou qualificarem o crime.

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

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

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

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

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

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

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

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

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

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

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

l) em estado de embriaguez preordenada.

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

- I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
- II - coage ou induz outrem à execução material do crime;
- III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
- IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. (BRASIL, 1940)

### 6.3 CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E AUMENTO DE PENA

A terceira fase da Dosimetria da Pena analisa as Causas de aumento e diminuição da pena, elas são as causas de genéricas que aumentam ou diminuem as penas em proporções fixas, e estão dispostas na Partes Geral do Código Penal, geralmente da própria capitulação do crime, dizendo se determinada circunstancia permite a redução de  $\frac{1}{2}$ ,  $\frac{1}{3}$ ,  $\frac{1}{6}$ ,  $\frac{2}{3}$ , etc., da pena, é o que explica Fernando Capez:

As agravantes e atenuantes agravam ou atenuam a pena em quantidades não fixadas previamente, ficando o *quantum* do acréscimo ou da atenuação a critério de cada juiz, de acordo com as peculiaridades do caso concreto (um mês, 3 meses, 6 meses etc.). Dessa forma, as agravantes e atenuantes alteram a pena em índices não fixados expressamente na lei (CP. Art. 61 a 67). As causas de aumento e diminuição de pena previstas na Parte Geral são aquelas que aumentam ou diminuem a pena em quantidades previamente fixadas em lei ( $\frac{1}{3}$ , metade,  $\frac{2}{3}$  etc.) (CAPEZ, 2016, p. 475)

## 7. SÚMULA 231 DO STJ

O Código Penal tratou da Dosimetria em seus mínimos detalhes, trazendo em seu desenvolvimento a forma de aplicação da pena e a forma como ela deveria ser reduzida ou aumentada conforme a situação, inclusive em seu o art. 67 (BRASIL, 1940) dispõe que:

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

No entanto, apesar de o Código já dispor como a dosimetria da pena deve ser realizada, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 231, que dispõe “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (STJ, 1999), vedando, dessa forma, que a pena seja reduzida abaixo do mínimo legal, contrariando o disposto no art. 65 do Código Penal, que dispõe sobre as circunstancias que sempre devem atenuar a pena.

A súmula 231 do STJ vem sendo, ampla e equivocadamente, aplicada pela Jurisprudência majoritária no Brasil impossibilitando a análise individual de cada caso, impedindo que penas em concreto sejam levadas na segunda fase do sistema trifásico a um patamar abaixo do mínimo estabelecido pela legislação pátria. (ROCHA, 2017)

PENAL. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA-BASE AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 231 DO STJ. APELAÇÃO. DESPROVIMENTO. I - Apelação Criminal interposta à Sentença proferida nos autos de Ação Criminal que absolveu o Réu da prática do Crime de Radiodifusão Clandestina, previsto no art. 183, da Lei nº 9.472/97. II - Concernente à aplicação da Circunstância Atenuante da Confissão Espontânea para redução da Pena aquém do mínimo legal, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.117.068, julgado em sede de Recurso Repetitivo, já decidiu que "a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior", e que "o critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal. III - Desprovimento da Apelação. (ACR 00072035920154058100, Desembargador Federal Alexandre Costa de Luna Freire, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::31/01/2018 - Página::28.) (grifo nosso)

No julgado abaixo a atenuante de confissão espontânea não foi computado em razão da súmula:

PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. BUSCA PESSOAL. POSSIBILIDADE. FUNDADA SUSPEITA DE POSSE DE OBJETO QUE CONSTITUA CORPO DE DELITO. CÉDULAS FALSAS. MANDADO DE BUSCA. INEXIGÊNCIA. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE. NÃO APLICAÇÃO. SÚMULA 231 DO STJ. APELAÇÃO. DESPROVIMENTO. I - Trata-se de Apelação Criminal interposta à Sentença proferida nos autos de Ação Criminal que condenou o Réu pela prática do Crime previsto no art. 289, parágrafo 1º, do Código Penal, à Pena de 03 (três) anos de Reclusão e Multa de 10 (dez) Dias-Multa. II - O art. 244 do Código de Processo Penal autoriza a Busca Pessoal quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de Objetos que constituam Corpo de Delito, independente de Mandado, situação que foi confirmada com a efetiva apreensão das cédulas falsas em poder do Réu, ora Apelante. III - Face à fixação da Pena-Base no mínimo legal (03 anos) resta prejudicado o Pedido de redução da Pena pelo reconhecimento da Atenuante da Confissão Espontânea (Súmula 231 do STJ). IV - Desprovimento da Apelação. (ACR 00051915220134058000, Desembargador Federal Alexandre

Costa de Luna Freire, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::31/01/2018 - Página::30.) (grifo nosso).

No julgado abaixo duas atenuantes foram desconsideradas a da Menoridade e da Confissão Espontânea, mesmo que segundo o entendimento do STF, a menoridade prepondera sobre todas as demais circunstâncias. (GRECO, 2016, 659)

PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO. COMPROVAÇÃO. GUARDA DE MOEDA FALSA. CONSUMAÇÃO. PROCESSOS PENAIS EM CURSO. CONDUTA SOCIAL NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. ATENUANTES. NÃO APLICAÇÃO. APELAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL. I - Trata-se de Apelação Criminal interposta à Sentença proferida nos autos de Ação Criminal que condenou o Réu pela prática do Crime previsto no art. 289, parágrafo 1º, do Código Penal, à Pena de 03 (três) anos e 15 (quinze) dias de Reclusão, em Regime Aberto, e Multa de 10 (dez) Dias-Multa. II - As Provas produzidas nos autos são conclusivas e convergentes para a Autoria, Materialidade e Dolo do Réu, no sentido da consumação do Crime de Moeda Falsa, na modalidade de "Guardar". III - A existência de Processo Penal em curso contra o Réu, sem Trânsito em Julgado, não autoriza a valoração negativa da Conduta Social, devendo haver a redução da Pena-Base para o mínimo legal de 03 (três) anos, à mingua de Circunstância Judicial negativa (art. 59 do Código Penal). IV - Face à fixação da Pena-Base no mínimo legal (03 anos), resta prejudicado o Pedido de redução da Pena pelo reconhecimento das Atenuantes da Menoridade e da Confissão Espontânea (Súmula 231 do STJ). V - Preenchidos os requisitos legais (art. 44 do Código Penal), substituo a Pena Privativa de Liberdade por 02 (duas) Penas Restritivas de Direitos, consistentes em Prestação de Serviço à Comunidade ou Entidades Públicas e Pena Pecuniária, a serem especificadas pelo Juízo da Execução Penal. VI- Provimento Parcial da Apelação. (ACR 00013669620154058302, Desembargador Federal Alexandre Costa de Luna Freire, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::11/10/2017 - Página::60.)

O enunciado da sumula 231 do STJ é diretamente contrária ao disposto na Constituição, eis que conforme o exposto em seu artigo 5º, inciso XXXIX – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

O inciso acima exposto fala do Princípio da Legalidade. Sendo que este Princípio é fundamental, e não deve ser desconsiderado.

Ainda no, artigo 5º, no inciso XLVI “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:(...)”

Referido inciso, dispõe a respeito do Princípio da Individualização da Pena, que jamais pode ser deixado de lado. A aplicação de pena, deve sempre levar em consideração as particularidades do réu, suas características e os pormenores de cada caso.

Pode se concluir dessa forma, a súmula 231 contraria determinações da atual Constituição, e o atual Estado Democrático de Direito. E viola os Princípios da Legalidade e da Individualização da Pena, bem como, a própria disposição da parte geral do Código Penal em seus artigos 65 e 68.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo dispôs em suma acerca da dosimetria da pena, com foco na fixação da pena-base, disciplinada pelo art. 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), onde foi analisada cada uma das circunstâncias judiciais para valoração da pena, e a súmula 231 do STJ.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 7. ed. [S.l.]: Martin Claret Ltda., 2012.

BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**, Brasília, DF, 07 dez 1940.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. 20<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2016.

COSTA, D. D. R. Das penas e das teorias da pena. **Jus.com**, out. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43453/das-penas-e-das-teorias-da-pena>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal: parte geral (art. 1º ao 120)**. 5<sup>a</sup>. ed. Salvador: JusPODIVM, v. Único, 2017.

DIENIO, S. S. O direito de punir. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <[https://dieniosantos.jusbrasil.com.br/artigos/474380240/o-direito-de-punir?ref=topic\\_feed](https://dieniosantos.jusbrasil.com.br/artigos/474380240/o-direito-de-punir?ref=topic_feed)>. Acesso em: 03 jun. 2018.

FARINELI, J. R. Dosimetria da Pena. **Infoescola**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/dosimetria-da-pena/>>. Acesso em: 17 mai 2018.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. I, 2016.

MARTINS, J. Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <<https://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/147934870/das-teorias-da-pena-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

MASSON, C. **Direito Penal**. 11ª Edição revista, atualizada e ampliada. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2017.

ROCHA, I. A. A inconstitucionalidade da súmula 231 do STJ. **jusbrasil**, 2017. Disponível em: <<https://itaercio27.jusbrasil.com.br/artigos/482635576/a-inconstitucionalidade-da-sumula-231-do-stj>>. Acesso em: 28 mai 2018.

Brasil,STJ. Súmula 231, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/1999, DJ 15/10/1999, p. 76. **stj.jus**, 22 set 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC1>>. Acesso em: 03 jun 2018.

Brasil,STJ. Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010. **stj.jus**, 28 abr 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=444&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>>. Acesso em: 03 jun 2018.

---