

Tajiquistão e Vietnã. Para mais informações, ver: *Ecocide Law*. Disponível em: <<https://ecocidelay.com/the-law/existing-ecocide-laws/>>. Acesso em 23.08.2019.

- (7) Verificar, por exemplo: KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht — Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 105, 1993. p. 697-726. HELLMAN, Jaqueline. The Fifth Crime Under International Criminal Law: Ecocide? In: BRODOWSKI, Dominik; DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los Monteros; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim. *Regulating Corporate Criminal Liability*. Heidelberg: Springer, 2014.
- (8) A respeito, conferir: BODE, Thilo. *Die Diktatur der Konzerne*. Wie globale Unternehmen uns schaden und die Demokratie zerstören. Frankfurt am Main: S. Fischer Verlag, 2018.
- (9) SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime — the uncut version*. New Haven: Yale University Press, 1983.

Raphael Boldt

Pós-Doutor e Qm Criminologia pela

Universität Hamburg (bolsa DAAD). Doutor e mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV, com estágio doutoral na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da FDV.

Advogado.

ORCID: 0000-0002-1625-9856

raphaelboldt@hotmail.com

Recebido em: 04/09/2019

Aprovado em: 27/11/2019

Versão final: 10/12/2019

Ainda é preciso falar sobre o enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça?

Victor Matheus Bevilaqua

Resumo: O artigo é uma crítica ao enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça a partir da operacionalização da dosimetria da pena formulada por Nelson Hungria e adotada pelo Código Penal, bem ainda da legalidade penal, notadamente sob o seu viés da proibição da interpretação *contra legem*. Partindo da premissa de que a determinação judicial da sanção penal é um ato de discricionariedade juridicamente vinculada, propõe-se a possibilidade, na segunda fase da dosimetria da pena, de redução da pena abaixo do mínimo legal, em respeito à individualização da pena, princípio de estatura constitucional.

Palavras-chave: Dosimetria da pena. Enunciado 231 da Súmula do STJ. Legalidade penal.

Em 15/10/1999, foi publicado o enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual sugere que “*a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”. Desde a sua publicação, parte da doutrina⁽¹⁾ critica o enunciado, a partir de várias perspectivas: o equivocado horizonte interpretativo do Tribunal, que se baseou em precedentes proferidos ou influenciados pelo superado sistema bifásico de dosimetria da pena, a manifesta afronta aos princípios da legalidade e da individualização da pena, etc. Não obstante, com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), os efeitos do processo civil sobre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, notadamente em matéria de uniformização de jurisprudência e de alargamento da técnica de precedentes, serão nefastos, o que somente reforça a hipótese de o verbete em exame permanecer como parâmetro de decisões judiciais (vide artigo 927, IV, do CPC). Mas também reforça a necessidade de uma maior resistência e inovação do jurista, especialmente na crítica ao verbete, na busca de novas possibilidades para o Direito Penal. É o que se tenta neste trabalho, ainda que breve, designadamente a partir da perspectiva da legalidade e da individualização da pena.

O sistema bifásico de aplicação da pena foi adotado no Brasil até a reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, na qual foi adotada a operacionalização da dosimetria da pena formulada por Nelson Hungria, que, ao impor a observância de três fases distintas, cindiu o exame das circunstâncias judiciais e legais em

Abstract: This paper is a criticism on statement 231 of Superior Tribunal de Justiça precedents based on the operationalization of the sentence time calculation formulated by Nelson Hungria, adopted by Penal Code, and the criminal legality, especially from the prohibition of *contra legem* interpretation perspective. Considering that judicial determination of the criminal penalty is an act of legally bounded discretion, it is proposed the possibility of reduction of the penalty below the legal minimum in the second phase of the sentence time calculation, in order to respect the sentence individualization, a constitutional principle.

Keywords: Sentence time calculation. Statement 231 of “STJ” precedents. Criminal legality.

etapas apartadas. Desse modo, não foi ratificada a restrição às circunstâncias legais dos marcos previstos no preceito secundário do tipo penal. Mesmo assim, o STJ formulou o enunciado em exame, cuja *ratio decidendi* é embasada em precedentes proferidos ou influenciados pelo superado sistema bifásico de dosimetria da pena.⁽²⁾ Ou seja, houve a modificação da legislação, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça – seguido pelos Tribunais de Justiça⁽³⁾ e amparado pelo STF⁽⁴⁾ – continuou observando sistema de dosimetria da pena não mais vigente.

Com efeito, o artigo 65 do Código Penal é expresso ao prever que as circunstâncias que elenca *sempre* atenuam a pena, de forma que o entendimento – tal como consagrado no enunciado em exame – de que as atenuantes não podem conduzir a pena aquém do mínimo legal constitui interpretação (não permitida) *contra legem*, além de interpretação *in malam partem*, ferindo o princípio da legalidade.

Nesse sentido, **Bitencourt** leciona que o juiz, ao deixar de reduzir a pena provisória por força de circunstância atenuante, a fim de evitar o estabelecimento da pena provisória aquém do mínimo legal, acabar por negar vigência ao art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, notadamente em razão da expressão “sempre” (art. 65 do CP. São circunstâncias que *sempre* atenuam a pena) contida no texto legal, violando o direito público do condenado a uma pena justa, legal e individualizada.⁽⁵⁾

Da proibição da analogia *in malam partem* e da permitida analogia *in bonam partem*, baseada no critério geral do *favor rei*, segue a ideia, em termos gerais, do dever de interpretação restritiva e da proibição de interpretação extensiva das leis penais.⁽⁶⁾ O entendimento empossado no verbete 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, contudo, desconsidera integralmente os corolários do princípio da legalidade, que servem, dentre outras funções, para excluir tanto a incriminação (e a agravação) como a determinação da pena por analogia ou interpretação *in malam partem*.⁽⁷⁾ A legalidade e seus corolários não servem tão somente para excluir a incriminação e a agravação da pena; o seu sentido vai além: proíbe que o juiz concrete uma punição para além da legalmente prevista e imposta,⁽⁸⁾ a fim de permitir que a pessoa atingida pelo Direito Penal não seja surpreendida com “constrangimentos imprevisíveis”.⁽⁹⁾ “Constrangimento imprevisível” que, por exemplo, se traduz quando o réu, em seu interrogatório judicial, foi cientificado de seus direitos constitucionais, mas também foi cientificado que eventual confissão lhe garantiria a atenuação da pena. Nesse quadro, é inaceitável que o próprio juiz que garantiu ao acusado a redução da sua reprimenda em caso de confissão, na sentença, embora reconhecendo a atenuante, deixe de reduzir a pena por força do verbete em análise, de reducionismo acrítico.

O princípio da legalidade não é somente expressão circunstancial do nosso tempo e da nossa história contemporânea, marcada pelo constitucionalismo moderno. Ele é muito mais. É referência histórico-cultural que a civilização foi sedimentando ao longo de sua história; e se assim o fez é porque a legalidade integra um patrimônio espiritual, um valor que deve ser respeitado e defendido. Como bem destaca **Faria Costa**, o princípio da legalidade está, por direito próprio, nesse “*rol de ‘coisas’ pelo qual vale a pena defender as ‘muralhas da cidade’, imagem que se repete, acintosamente, porque ela condensa tanto daquilo que consideramos relevante dizer-se e ensinar-se*”.⁽¹⁰⁾ As condições para interpretar esse preciso princípio não escapam do presente contexto histórico, jurídico e cultural, no qual afloram ideias que vão tendo conteúdo e mais nítido recorte à legalidade, por intermédio, por exemplo, da sua função de segurança do cidadão perante o poder punitivo estatal, da sua consagração histórica de uma luta contra a arbitrariedade penal do *ancien régime*,⁽¹¹⁾ etc.⁽¹²⁾

É aparentemente compreensível o entendimento de que eventualmente a redução da pena provisória aquém do mínimo legal possa ensejar uma sanção penal “branda”, “injusta”, não atendendo aos fins retributivos e preventivistas da pena. Mas apenas aparentemente. A interpretação que o Direito Penal exige tem de ter um enquadramento em uma solução justa. Disso ninguém discorda. Interpretação que também é aplicação. Contudo, seguramente justa não é a solução que não cumpra as leis e as regras de as aplicar (leia-se: não redução da pena, por força de atenuante, em razão de ela ficar aquém do mínimo legal, mesmo que a lei/regra – artigo 65 do Código Penal – exija esta redução), mas antes a solução que, cumprindo as leis, se afirma como um ato de pacificação, que ao seu tempo se mostra como uma solução justa. E, no nosso tempo, o que se convoca é a projeção e aceitação de uma ideia de justiça em que confluem, em uma unidade de sentido, a certeza do direito, a segurança jurídica e a equidade,⁽¹³⁾ valores que certamente o entendimento jurisprudencial sintetizado no verbete em análise desconsidera.

Sob outro viés, é bem ter-se presente que a determinação judicial da pena a um crime pode ser qualificada como um ato de discricionariedade juridicamente vinculada⁽¹⁴⁾ (individualização judicial da pena), uma vez que o juiz pode, em princípio, mover-se livremente no marco legal prévia e abstratamente cominado pelo legislador, quando estabeleceu o sancionamento do crime. À evidência, esse ato deve ser orientado e limitado por princípios constitucionais, notadamente o da individualização da pena, e regras, tal como as previstas na parte geral do Código Penal, que buscam dar eficácia ao referido princípio. Trata-se de um juízo racional de reprovação condizente com a função do juiz criminal de, por intermédio de suas decisões judiciais, conter, de forma racional, o poder punitivo.⁽¹⁵⁾

O Código Penal, ao representar um dos momentos da individualização da pena (individualização legislativa), impõe regras e limites a serem observados pelo juiz quando da individualização judicial da pena, regras de natureza cogente, como o é o artigo 65 do CP, cujo desrespeito enseja afronta não só à legalidade, como acima delineado, mas também à individualização da pena.

Observa-se que, da sistemática de dosimetria da pena adotada pelo Código Penal, não há proibição acerca do estabelecimento da pena aquém do mínimo legal em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante. Poder-se-ia apontar como óbice o artigo 53 do CP, que impõe que as penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal do crime, mas essa regra é insuficiente e inidônea, em razão da posição topográfica do art. 65 do CP: que autoriza, a depender do caso (por exemplo, quando a pena-base é fixada no mínimo legal e não existindo circunstância agravante), ser a regra do artigo 53 do CP excepcionada, tanto assim é que está presente em seu texto a expressão *sempre*. Nessa linha, como bem indaga **Masson**, “*por que razão utilizaria o legislador o advérbio sempre se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo?*”.⁽¹⁶⁾

Outrossim, a individualização legislativa da pena deve ser observada pelo juiz, a nosso ver, apenas no início da operacionalização da dosimetria da pena, nomeadamente no momento da fixação da pena-base. É justamente este o momento em que o juiz deve obedecer aos limites impostos pelo legislador, pois, nas etapas seguintes, não se estará mais a tratar da individualização legislativa da pena, mas sim da individualização judicial, situação que autoriza o juiz a não observar os marcos estabelecidos pelo legislador, tanto assim é que ele pode, por exemplo, fixar definitivamente a pena abaixo do mínimo legal por força de minorante.

Note-se que a própria sistemática adotada pelo Código Penal dá um lugar de destaque a uma ampla autonomia do magistrado (que não deve ser confundida com arbitrariedade) para a sua tarefa de individualizar a pena, incluindo a hipótese eventual de fixação da pena provisória aquém do mínimo legal, quando prevê que o juiz estabelecerá a sanção conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (art. 59 do CP); que a pena poderá ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (art. 66 do CP); quando autoriza o

magistrado a aumentar a pena de multa até o triplo na hipótese prevista no art. 60, § 1º, do CP; e mesmo quando faculta ao juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição de pena no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial do Código Penal (art. 68, parágrafo único, do CP).

Ademais, em perspectiva lógica, se está autorizado, na terceira fase de dosimetria da pena, o estabelecimento da pena aquém do marco previsto pelo legislador, por força de minorante, não há motivo de, na segunda fase, ser proibida a redução da pena abaixo do mínimo legal. No ponto, importante sublinhar que existência de majorantes apenas reforça a necessidade, se for o caso, de estabelecimento da pena provisória aquém do mínimo legal por força de circunstância atenuante, já que as causas de aumento podem elevar consideravelmente a pena provisória.⁽¹⁷⁾

Poder-se-ia elencar outras razões para criticar o enunciado em exame, como a mácula aos princípios da culpabilidade (pois, ao deixar de reduzir a pena em razão de circunstância atenuante, enseja quantitativo de pena não correspondente com a reprovabilidade da conduta do agente), isonomia (já que, em alguns casos, atribui igualitária pena para acusados com culpabilidades distintas) e proporcionalidade (pois, em razão da decorrência de uma especificidade circunstancial do crime, ocasiona-se uma distorção entre o crime praticado com a sanção correlata e entre o nível de gravidade da conduta com pena aplicada *in concreto*). Todavia, o espaço aqui concedido inviabiliza o adequado tratamento a esses temas, ficando a abordagem restrita à legalidade e à individualização da pena, temas que se tomam como os mais relevantes.

Por tais motivos, o enunciado 231 da Súmula do STJ é apenas a representação de uma total inversão de valores que vige na prática jurisdicional, da preponderância de uma falsa segurança jurídica garantida pela observância de enunciados em detrimento da liberdade individual, expressada por princípios basilares do Direito Penal (culpabilidade, individualização da pena, legalidade, etc.). Princípios que, se de um lado, para nós, representam valores pelos quais a sociedade luta e sempre lutou e mostram-se imprescindíveis para a consolidação de um autêntico e forte Estado Democrático de Direito, limitador do poder punitivo estatal, de outro, continuam esses valores sendo vítimas de sistemáticas violações, inclusive por aqueles que possuem a função constitucional de os proteger.

Notas

- (1) A exemplo de: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 674-677; CANIBAL, Carlos Roberto Lofego. Pena aquém do mínimo – uma investigação constitucional-penal. *Revista Juris*, Porto Alegre, v. 77, p. 82-92, mar. 2000.
- (2) REsp 7287 PR 1991/0000481-2, julgado em 16/04/1991; REsp 15691 PR 1991/0021212-1, julgado em 01/12/1992; REsp 32344 PR 1993/0004667-5, julgado em 06/04/1993; REsp 46182 DF 1994/0008847-7, julgado em 04/05/1994; REsp 49500 SP 1994/0016622-2, julgado em 29/06/1994; REsp 146056 RS 1997/0060498-5, julgado em 07/10/1997.
- (3) Ver, por todos: TJ/SE: apelação criminal n.º 201900300453; TJ/SP: apelação criminal n.º 0005313-30.2016.8.26.0050; TJ/RS: apelação criminal n.º 70080138134.
- (4) RE 597270 QO-RG.
- (5) BITENCOURT, op. cit., p. 677.
- (6) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta. p. 382.
- (7) NEVES, A. Castanheira. O princípio da legalidade criminal. In: *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metologia e outros*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora: 1995. p. 385.
- (8) Idem, *ibidem*, p. 386.
- (9) HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editro, 2008. p. 60.
- (10) COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis)*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 128.
- (11) Idem. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 155.
- (12) Oportuno recordar que as negações à legalidade e a admissão da analogia *in malam partem* causaram experiências totalitárias no século passado, as quais, certamente, a humanidade não quer repetir. Sobre o tema, conferir: FERRAJOLI, op. cit., p. 384.
- (13) COSTA, *Noções fundamentais...*, p. 131.
- (14) LYRA, José Francisco Dias da. O direito fundamental à individualização da pena: uma análise crítica a partir do princípio da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 118, p. 93, jan.-fev. 2016.
- (15) ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 25.
- (16) MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Médoto, 2012. p. 573.
- (17) BITENCOURT, op. cit., p. 677.

Victor Matheus Bevilaqua

Pós-graduando em Direito Penal e

Processual Penal pela UNISINOS/RS.

Especialista em Ciências Penais pela PUCRS.

Assessor de Juiz de Direito do Estado do Rio Grande do Sul.

ORCID: 0000-0001-9522-5410

victor_bevilaqua@hotmail.com

Recebido em: 12/03/2019

Aprovado em: 17/05/2019

Versão final: 19/06/2019

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

CONSELHO EDITORIAL: Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Aury Lopes Jr., Juarez Cirino dos Santos, Luis Fernando Niño, Sérgio Salomão Shecaira, Vera Malaguti Batista e Vera Regina Pereira de Andrade.

EDITOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

EDITORES/AS ASSISTENTES: Ana Maria Lumi Kamimura Murata, Bernardo Pinhão Becthlufft, Daiane Ayumi Kassada, Danilo Dias Ticami, Erica do Amaral Matos, Isabel Penido de Campos Machado, Surreilly Fernandes Youssef e Roberto Portugal de Biaz.

EDITORES/AS EXECUTIVOS/AS: Helen Christo, Rafael Vieira e Willians Meneses.

CORPO DE PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO: Cassio Eduardo Zen (USP - São Paulo/SP), Chiavelli Fazenda Falavigno (UFSC - Florianópolis/SC), Dayane Aparecida Fanti Tangerino (USP - São Paulo/SP), Décio Franco David (UENP - Curitiba/PR), Gustavo Britta Scandelari (UNICURITIBA - Curitiba/PR), Indaiá Lima Mota (UFBA - Salvador/BA), Isabela Albuquerque Mustafa (Universidade de Coimbra - Portugal), Luana Adriano Araújo (UFRJ - Rio de Janeiro/RJ), Lucas e Silva Batista Pilau (UFRGS - Porto Alegre/RS), Octavio Augusto da Silva Orzari (USP - São Paulo/SP), Thais Del Monte Buzato (UNIP - São Paulo/SP), Tomás Grings Machado (PUC - Porto Alegre/RS).

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797. E-mail: planmark@grupoplanmark.com.br

REVISÃO: FAZENDARIA, Consultoria em recursos humanos,

pesquisa e texto Ltda. - ME - Tel.: (11) 3673-7564 - E-mail: midiafazmal@gmail.com

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 3.500 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)

www.ibccrim.org.br