

Críticas à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça

Tamires Stanziola Maciel- tamirestanziola@gmail.com
Galvão Rabelo - galvaorabelo@yahoo.com.br

Curso de Direito
Faculdade Presidente Antônio Carlos de Ubá
Novembro 2014

Resumo

O Código Penal brasileiro em seu art. 68 adotou o critério trifásico para a dosimetria da pena privativa de liberdade. Este artigo discute a possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da aplicação da pena de prisão. Segundo a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça a pena base não pode ser conduzida aquém do mínimo legal prevista em abstrato ao tipo. Após análise dos argumentos favoráveis e contrários à referida súmula, concluiu-se que a interpretação nela expressa faria sentido apenas se a lei houvesse adotado o critério bifásico de aplicação da pena, o qual estabelece que a pena base deve ser fixada considerando as circunstâncias judiciais e legais (atenuantes e agravantes). No sistema trifásico não há razão para a manutenção do entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça. Além disso, há boas razões que sustentam a interpretação contrária à súmula 231. A interpretação literal do art. 65 do Código Penal, que estabelece que as circunstâncias atenuantes “sempre” atenuam a pena é a que melhor responde ao princípio constitucional da individualização da pena. Ademais, a interpretação literal é também a mais benéfica ao réu, devendo prevalecer consoante o princípio hermenêutico do *in dubio pro reo*.

Palavras-chave: Dosimetria. Súmula 231 do STJ. Crítica a súmula 231 do STJ.

Abstract

The Brazilian Penal Code, section 68 adopted a three phase criteria for the computation of a custodial sentence. This article discusses the possibility of reducing the sentence to below the statutory minimum in the second phase of the application of prison sentences. According to Precedent 231 of the Superior Court the standard sentence cannot be defined below the statutory minimum provided in general terms in the law. After analyzing the arguments for and against said precedent, it was concluded that the interpretation it expresses would only make sense if the law had adopted the two-phase criteria to compute the custodial sentence, which states that the standard sentence should be defined considering judicial and legal circumstances (extenuating and aggravating). In the three-phase system there is no reason to maintain the understanding expressed by the Superior Court precedent. In addition, there are good reasons that support the interpretation against precedent 231. The literal interpretation of section 65 of the Penal Code, which states that extenuating circumstances "always" extenuate the sentence is the one that best relates to the constitutional principle of individualization of penalties. Moreover, the literal interpretation is also more beneficial to the defendant, and should prevail according to the hermeneutic principle of “in dubio pro reo”.

Keywords: Dosimetry. Precedent 231 Supreme Court of Justice. Criticizes the scoresheet 231 of STJ.

1. Introdução

No momento de aplicação da pena o Código Penal (CP), em seu art. 68, adotou o critério trifásico na dosimetria da pena. Na primeira fase, analisam-se as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, para fixar a pena base; na segunda fase, aplica-se as

circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) e no terceiro momento serão analisadas as causas de aumento e diminuição da pena.

Interpretando a dinâmica do critério trifásico, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sumulou entendimento de que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (Súmula 231). Assim, entende-se que, quando presente circunstância atenuante ou agravante, a pena não pode ficar fora de seus limites legais, ou seja, a pena intermediária não poderia ficar nem abaixo, nem acima dos limites mínimo e máximo estabelecidos pela lei.

Para o STJ nunca predominou o entendimento de que as circunstâncias agravantes e atenuantes pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites estabelecidos pela lei. Ainda segundo o STJ, tampouco mereceu destaque uma interpretação literal da expressão “sempre” atenuam a pena, prevista no *caput* do art. 65 do CP. Assim, se o julgador na segunda fase da dosimetria se deparar, com alguma circunstância atenuante, não poderá reduzir a pena, quando esta já estiver no mínimo legal.

Alguns doutrinadores, minoritariamente, se posicionam em sentido contrário ao entendimento do STJ. Afirmam que, se o CP tivesse adotado o sistema bifásico de aplicação da pena, a súmula teria sentido. Porém, como o CP adotou o critério trifásico, não mais se sustenta a referida súmula.

Considerando, portanto, a existência de controvérsia a respeito da possibilidade de se reduzir a pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, questiona-se: qual será o entendimento que melhor se ajusta à Constituição Federal e ao ordenamento jurídico brasileiro?

Com a finalidade de responder esse questionamento, procedeu-se à pesquisa bibliográfica e adotou-se o método dialético. Procura-se, através da análise de argumentos contrários, sintetizar uma interpretação que possa ser defendida com bons argumentos e que possa influenciar uma mudança de postura dos aplicadores do direito.

A pesquisa que ora se desenvolve possui importância teórica e prática. Além de envolver uma questão hermenêutica fundamental, a questão que se coloca na Súmula 231 do STJ possui consequências que vão além da interpretação e irão incidir na vida do cidadão que precisará cumprir pena por tempo maior do que aquele que seria necessária e suficiente.

2. Aspectos gerais da dosimetria da pena privativa de liberdade

A pena aplicada nada mais é que uma consequência natural do direito de punir estatal, que se origina quando alguém pratica um fato típico, ilícito, culpável, abrindo-se, assim, a possibilidade para o Estado se valer do seu *ius puniendi*, impondo ao indivíduo que delinque a sanção que reflete a reprovação estatal do crime cometido. Porém, o Estado ao exercer o seu dever/poder de aplicar a sanção àquele que violou o ordenamento jurídico-penal, praticando determinada infração, deverá observar, na aplicação da pena abstrata, os princípios constitucionais decorrentes do modelo do Estado Constitucional de Direito, princípios estes que abordaremos mais adiante.

Com a finalidade de orientar o julgador no momento da aplicação da pena, a lei penal traçou uma série de etapas, que obrigatoriamente deverão ser por ele observadas, sob pena de nulidade da sentença.

Além disso, a pena encontrada pelo julgador deve ser proporcional à conduta ilícita praticada pelo condenado, ou seja, deve ser aquela necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, conforme a dicção do artigo 59, parte final, do Código Penal.

Vale lembrar que, para a dosimetria da pena, foram apresentadas duas propostas.

A primeira de Roberto Lyra que idealiza o método bifásico para aplicação da sanção penal, em que a dosimetria da pena seria feita em dois momentos: na primeira fase, o julgador analisaria as circunstâncias judiciais, mais as atenuantes e as agravantes; na segunda fase, aplicaria as causas de diminuição e aumento da pena.

Porém, Nelson Hungria apresenta a segunda proposta, o método trifásico, que é composto por três fases de análise e individualização da pena no caso concreto, o qual foi adotado pela lei penal vigente, consoante o disposto no artigo 68 do Código Penal. O método trifásico visa assegurar ao réu a possibilidade de acompanhar o raciocínio do magistrado na aplicação da pena, proporcionando o direito à ampla defesa.

O artigo 68 do Código Penal determina que a pena observe três fases distintas. Primeiramente deverá o julgador fixar a pena base, por meio da análise minuciosa das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal¹, devendo cada uma dessas circunstâncias judiciais serem analisadas e valoradas individualmente, não podendo o juiz se referir a elas de forma genérica.

¹ As circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, comportamento da vítima.

Depois de fixar a pena base, em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, previstas na parte geral do Código Penal (arts. 61 e 65), para agravar ou atenuar a pena base, chegando à pena intermediária.

Na terceira fase, serão levadas em conta as causas de aumento e de diminuição de pena que têm como principal característica possuírem valores certos para aumentar e reduzir a pena e que, por isso, poderão ultrapassar o máximo e mínimo abstratamente previstos no tipo para o crime. Na terceira fase chega-se à pena definitiva.

É de se destacar o entendimento de Cleber Massom, sobre o sistema trifásico de aplicação da pena.

Por sua vez, o critério trifásico, elaborado por Nélon Hungria, sustenta a dosimetria da pena privativa de liberdade em três etapas. Na primeira, o juiz fixa a pena-base, com apoio nas circunstâncias judiciais. Em seguida, aplica as atenuantes e agravantes genéricas, e, finalmente, as causas de diminuição e de aumento da pena.

O art. 68, caput, do Código Penal filiou-se ao critério trifásico. De fato, “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”. E na visão do Supremo Tribunal Federal: “As circunstâncias judiciais são colhidas dos elementos fáticos trazidos pelo processo para a fixação da pena-base, sobre a qual serão aplicadas as agravantes e atenuantes e, após, as causas de aumento e diminuição”(MASSOM, 2013, p.649).²

3. As divergências a respeito da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça

Objeto desse trabalho e também de muitas discussões, tem sido a possibilidade de atenuantes genéricas reduzir a pena base aquém do mínimo legal no momento de fixação da pena. O Superior Tribunal de Justiça no enunciado da Súmula 231 expressou o seu posicionamento no sentido de que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Conforme se observa nos precedentes originários³ que levaram à elaboração da referida súmula, o STJ em alguns de seus julgados preleciona que desde a elaboração do Código Penal de 1940 até a sua ampla modificação pela Lei nº 7.209/84, nunca predominou –

²<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4624-1/page/649>

³ STJ, REsp 146056RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/1997, DJ10/11/1997, REsp 32344 PR, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/1993, DJ 17/05/1993)

sequer mereceu destaque – o entendimento de que as agravantes e atenuantes pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei, quer seja no sistema bifásico, quer no trifásico. Pois, a expressão “sempre atenuam a pena” não poderia ser levada aos extremos em uma interpretação meramente literal. Assim, se o juízo se deparar, na segunda fase da dosimetria, com alguma circunstância atenuante, a pena não poderá ser reduzida, quando esta já estiver no mínimo legal. O objetivo da súmula, ainda segundo o STJ, é o de afirmar a relevância do marco mínimo da penalidade a ser imposta ao acusado.

Apesar das divergências existentes, esse tem sido o posicionamento da maioria dos autores, que numa interpretação *cantralegem*, não permitem a redução da pena base, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, se aquela tiver sido fixada em seu patamar mínimo.

Pode-se destacar, nesse sentido, o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

Utilizando o raciocínio de que as atenuantes, segundo preceito legal, devem sempre servir para reduzir a pena (art. 65, CP), *alguns penalistas têm defendido que seria possível romper o mínimo legal quando se tratar de aplicar alguma atenuante a que faça jus o réu*. Imagine-se que o condenado tenha recebido a pena-base no mínimo; quando passar para a segunda fase, reconhecendo a existência de alguma atenuante, o magistrado deveria reduzir, de algum modo, a pena, mesmo que seja levado a fixá-la abaixo do mínimo. Essa posição é minoritária. Aliás, parece-nos mesmo incorreta, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador. Ex.: um homicídio tentado, cuja pena tenha sido fixada no mínimo legal (6 anos), pode ter uma redução de 1/3 a 2/3 porque a própria lei assim o dita (art. 14, parágrafo único, CP), tratando-se de uma tipicidade por extensão. Atualmente, está em vigor a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Em idêntico prisma, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser inviável a fixação da pena abaixo do mínimo legal quando existirem apenas atenuantes (RE 597.270, Pleno, rel. Cezar Peluso, v.u., 26.03.2009). (NUCCI, 2014, S.P., grifo meu).⁴

Para o STJ, portanto, as penas na segunda fase não poderão ficar aquém do mínimoprevisto em abstrato ao tipo, e, conseqüentemente não poderá ficar além do máximo

⁴<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5463-5/epubcfi/6/66>

previsto, não importando quantas circunstâncias atenuantes ou agravantes estejam presentes, uma vez que o limite da pena previsto em abstrato deverá ser respeitado.

Apesar de a maior parte dos autores defenderem o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, há muitos que adotam um posicionamento contrário à súmula.

Como já foi dito acima, duas propostas foram apresentadas para a dosimetria da pena, tendo o nosso Código Penal adotado a proposta de Nelson Hungria, que defende o critério trifásico para a aplicação da pena.

Contudo, o entendimento sumulado somente teria sentido se o nosso legislador tivesse adotado o critério bifásico para a dosimetria da pena. Ora, ao se aplicar o critério bifásico, o qual determina que, na primeira fase da dosimetria, se analise simultaneamente as circunstâncias judiciais e legais (agravantes e atenuantes) para composição da pena-base, intocável estaria o entendimento sumulado, uma vez que sempre houve o consenso de que a pena base deve se basilar entre o mínimo e o máximo previstos em abstrato no tipo e, neste caso, as atenuantes e agravantes seriam computadas para formação da própria pena base.

No entanto, com a adoção pelo legislador do sistema trifásico, não mais existe razão para não se reduzir a pena, uma vez que as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) são analisadas na segunda fase de aplicação da pena, depois de já ter sido fixada a pena-base, a partir da análise isolada das circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal. Não há, portanto, qualquer impedimento a sua redução ou majoração fora dos limites legais estabelecidos.

Alguns autores, como Schmitt, defendem a posição minoritária, de que o nosso legislador, ao adotar o sistema trifásico, possibilitou a redução ou majoração da pena-base, já que esta seria analisada na primeira fase da dosimetria da pena, sendo que, ao se analisar circunstâncias atenuantes ou agravantes no momento da aplicação da pena, não haveria nenhum óbice em reduzir a pena base abaixo do mínimo legal abstratamente previsto, já que estas seriam analisadas na segunda fase da dosimetria da pena, e não mais na primeira fase.

[...] somente a pena-base deve ficar entre os limites da pena previstos em abstrato ao tipo (art.59,II, do CP), não se aplicando tal exigência a segunda fase de aplicação da reprimenda(art.68, caput, do CP). Relembre-se: *estamos diante de um sistema trifásico de dosimetria da pena – o qual foi adotado por nosso legislador – e não diante do sistema bifásico – o qual, repita-se, tinha a pena base fixada ao se levar em consideração ao mesmo tempo as circunstâncias judiciais (art.59, do CP) e as legais (atenuantes e agravantes)*[...](SCHMITT, 2009, p.165, grifo meu).

4. A interpretação adequada dos artigos 68 e 65 do Código Penal

Para defender a ideia de que existe a possibilidade de redução da pena base abaixo do mínimo legal na segunda fase, existem três argumentos que podem ser evocados.

4.1. Interpretação constitucionalmente adequada

Analisando a Súmula 231 do STJ de uma perspectiva da Constituição, verifica-se a ofensa a princípio constitucional no momento em que o juiz, diante de circunstâncias atenuantes, não reduz a pena por considerar que esta já está no mínimo legal.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inc. XLVI, estabelece o princípio da individualização da pena.

Entende-se que a individualização da pena passa por dois planos, o abstrato e o concreto.

O primeiro momento (abstrato) ocorre com a seleção feita pelo legislador, ao escolher para fazer parte do pequeno âmbito de abrangência do Direito Penal as condutas positivas ou negativas, que atacam nossos bens mais importantes. Uma vez feita a seleção, o legislador valora as condutas, cominando-lhes penas que variam de acordo com a importância do bem a ser tutelado. Chamada de cominação, essa fase, tem como objetivo individualizar as penas de cada infração penal de acordo com a sua importância e gravidade.

Chegando o julgador à conclusão de que o fato praticado pelo agente constitui crime, e a que infração penal foi praticada, passará a individualizar a pena a ele correspondente, fixando a pena de acordo com o sistema trifásico. Esta é a fase da aplicação da pena, a qual compete ao aplicador da lei. Assim, a individualização sai do plano abstrato (cominação/legislador) e passa para o plano concreto (aplicação/julgador).

Compreende-se que o entendimento sumulado do STJ, na súmula 231, ao proibir a aplicação das atenuantes para levar a pena abaixo do mínimo legal, confronta com o que foi proposto pela Constituição Federal, quando esta estabelece o princípio da individualização da pena na fase concreta. Esse entendimento não permite a adequação da norma ao fato, deixando de levar em consideração as circunstâncias atenuantes, quando estas estão presentes, impedindo a possibilidade de se reduzir a pena aquém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria da pena, tornando-se a aplicação da pena, algo mecânico. A presença de circunstâncias atenuantes significa que a conduta delituosa é menos reprovável: todavia, essa menor reprovação não irá refletir em sua pena.

Verifica-se a patente ofensa ao princípio ora estudado, ao se imaginar um caso concreto no qual o agente confessa a prática delitiva em juízo. Ele não poderá ver reconhecida em seu favor essa atenuante, caso a pena base tenha sido fixada no mínimo legal. Trata-se de entendimento que implica em grave ofensa ao ordenamento constitucional.

4.2. *Interpretação Literal do artigo 65 do Código Penal*

Ainda procurando uma melhor interpretação para os artigos 68 e 65 do Código Penal, conclui-se que não se deve atribuir a eles uma interpretação teleológica como fez o STJ, mas sim, uma interpretação gramatical/literal, por ser esta uma interpretação que melhor se adéqua ao princípio constitucional da individualização da pena.

O artigo 65 do Código Penal, que traz um rol de circunstâncias atenuantes, estabelece que as circunstâncias ali previstas “sempre atenuam a pena”. Logo, a interpretação literal se revela mais adequada, já que se não fosse esse o sentido da norma, qual seria o significado da palavra “sempre”?

É possível imaginar uma situação fática em que o agente confessou a autoria do delito de furto simples. O juiz ao analisar individualmente todas as circunstâncias judiciais, decide aplicar a pena-base em seu mínimo legal. No segundo momento, verifica a atenuante da confissão espontânea e que não existem circunstâncias agravantes. Para a maioria dos doutrinadores a pena não poderia ser reduzida aquém do seu mínimo, o que é um flagrante desrespeito ao artigo 65, *caput*, do Código Penal, que preconiza que as atenuantes “são circunstâncias que *sempre* atenuam a pena”.

A confissão é um mecanismo eficiente para individualizar a pena daquele agente que confessa a autoria do delito, facilitando o exercício do direito de punir que o Estado exerce. O agente em nenhum momento buscou ocultar a verdade ou mesmo mentir, abrindo mão do seu direito de não produzir prova em seu desfavor.

Ocorre que, ao ser ouvido em juízo lhe foi cientificado de seus direitos constitucionais – *Nemo tenetur se detegere*⁵ –, mas também lhe foi cientificado que sua confissão lhe garantiria atenuação da pena, por ser circunstância prevista em lei, e assim, o acusado resolve confessar o fato investigado para ter direito a atenuação de sua pena.

Se pensarmos que na situação hipotética descrita existe mais de um réu no processo, sendo que somente um deles confessa a prática delitiva e que todos possuem as circunstâncias judiciais favoráveis, de modo que, na primeira fase, o julgador estabeleça a pena base no

⁵ Trata-se do princípio consoante o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si.

mínimo, o desrespeito à individualização da pena fica ainda mais nítido: o entendimento sumulado impediria a aplicação da causa atenuante àquele agente que dispôs do seu direito de não produzir prova contra si, confessando o delito, por estar a pena no mínimo legal.

Nesse sentido é o entendimento de alguns autores. Rogério Greco defende que:

Dissemos que tal interpretação é contrária a lei porque o art.65 não excepciona sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal. Pelo contrário. O mencionado artigo afirma, categoricamente, que *são circunstâncias* que sempre *atenuam a pena*. 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?

A discussão não é meramente acadêmica, tendo repercussão prática importantíssima. Raciocinemos com um exemplo. Suponhamos que o agente, menor de 21 anos à época dos fatos, tenha praticado um delito de furto simples. O juiz, após analisar individualmente todas as circunstâncias judiciais, decida aplicar a pena-base em seu mínimo legal, vale dizer, um ano de reclusão. No segundo momento, verifica que nos autos foi comprovada a sua menoridade por intermédio de documento próprio e que não existem circunstâncias agravantes. Para maioria de nossos doutrinadores, como também para o STJ, a pena-base não poderia ser reduzida aquém do seu mínimo, devendo, em flagrante desrespeito ao art.65 do Código Penal, ser desprezada a circunstância atenuante prevista no inciso I do mencionado artigo (GRECO, 2008,p. 559-560).

No mesmo sentido, Bitencourt preleciona:

Enfim, deixar de aplicar uma *circunstância atenuante* para não trazer a pena aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o *direito público subjetivo* do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar a aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há uma lei que determina (art.65), peremptoriamente, a atenuação da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal.

Por fim, e a conclusão é inarredável, a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça carece de adequado fundamento público, afrontando, inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita. (BITENCOURT, 2007, p. 589-595).

Ainda de forma a demonstrar a má interpretação dada ao artigo 68 do Código Penal, que atinge, por consequência, o artigo 65, de forma a não dar aplicabilidade a este último dispositivo legal, preleciona Schmitt:

O que dizer a um agente menor de 21 anos na data do fato e que praticou o delito por relevante valor moral, que teve sua pena-base fixada no mínimo legal e que não poderá ter atenuada sua reprimenda, na segunda fase, não obstante militarem aquelas circunstâncias, reconhecidas legalmente como atenuantes, para atuarem (incidirem) sempre em seu benefício (a seu favor)? *Tal óbice resultará na equiparação da situação narrada a um crime de mesma espécie, em que o agente não faça jus a nenhuma atenuante, tendo por consequência a fixação da mesma pena na segunda fase, não obstante se tratem de casos materialmente diversos.*

Diante disso, perguntamos: Será que houve coerência e proporcionalidade entre os julgados? Temos uma única resposta: não.

Ademais, o que dizer ainda ao agente que confessa a prática de delito em juízo e que não poderá ver reconhecida a seu favor essa atenuante, tendo em vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal? (SCHMITT, 2009, p.165, grifo meu).

Na prática, alguns juízes, de forma a viabilizar um direito do sentenciado, chegam a aumentar a pena-base, mesmo em casos em que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao agente, para posteriormente vir a reduzi-la em consideração a uma circunstância atenuante, o que fere ainda mais a *mens legis*. Afinal, essa suposta “boa vontade” do julgador em aplicar a circunstância atenuante, nada mais é, do que uma forma de burlar a lei. Logo, se o réu tinha em seu favor as circunstâncias judiciais, era justo ter sua pena-base fixada no mínimo legal. O fato de o juiz aumentar a pena base, para que mais adiante possa diminuí-la, tendo em vista uma circunstância atenuante, nada mais é do que uma forma de burlar aplicação da atenuante.

O artigo 68 do Código Penal, ao implementar o critério trifásico de aplicação da pena, proporcionou ao julgador meios para que pudesse, no caso concreto, individualizar a pena do agente, encontrando, com isso, a pena proporcional ao fato por ele cometido. Considerando, por exemplo, que o juiz, depois de analisar separadamente as circunstâncias judiciais, conclui que todas são favoráveis ao agente, no momento da aplicação das circunstâncias legais, presente a atenuante, deve reduzir a pena, mesmo que esta esteja em seu mínimo legal. Isso levará a que, no final das três fases, seja aplicada uma pena proporcional ao fato praticado.

Assim, a Súmula 231 do STJ mostra um absoluto desprezo pelo princípio da individualização da pena estabelecido pela nossa Constituição Federal, quanto torna ineficaz a garantia do art. 65 do CP que diz que a circunstância atenuante sempre atenuará a pena.

4.3 O “*in dubio pro reo*” como princípio hermenêutico

Tendo em vista todo o exposto acima, e ainda buscando uma melhor interpretação ao artigo 65 do CP, deve-se interpretar o sentido expresso na lei da forma que mais beneficie o réu, qual seja, uma interpretação com base no *in dubio pro reo* como princípio hermenêutico.

Como preleciona Damásio de Jesus (2011, p. 87) “os sistemas de interpretação não constituem fórmulas mágicas capazes de dissipar todas as dúvidas surgidas no entendimento dos textos”.

Assim, mesmo que tenham sido utilizados todos os meios necessários e adequados com a finalidade de buscar o verdadeiro alcance da lei, e ainda persistir dúvida para o intérprete, deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*, sendo que a dúvida em matéria da interpretação da lei deve ser resolvida em benefício do agente.

É a posição defendida por Hungria (*apud* GRECO, 2007).

No caso de irreduzível dúvida entre o espírito e palavra da lei, é força acolher, em direito penal, irrestritamente, o princípio do *in dubio pro reo* (isto é, o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal). Desde que não seja possível descobrir-se a *voluntas legis*, deve guiar-se o intérprete pela conhecida máxima: *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*. O que vale dizer: a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário.

Neste diapasão, não restam dúvidas quanto a melhor interpretação a ser dado ao sentido da lei é a mais benéfica ao agente, quando esta por todos os meios de interpretação não demonstrar sua finalidade. Assim, diante da dúvida deverá o intérprete da lei (aplicador do direito), buscar a melhor interpretação em relação ao réu em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*.

Por fim, deve-se esclarecer, a respeito da aplicação ou não da súmula 231 do STJ, que não se trata de súmula vinculante e, portanto, não é de obrigatoriedade a sua aplicação ao caso concreto. Quando o julgador diante da situação concluir que a pena-base já está no mínimo legal, não estará obrigado a aplicar referida súmula, de forma que poderá interpretar os dispositivos em questão a partir de argumentos mais adequados do ponto de vista legal e constitucional.

5. Conclusão

Diante de todo o apresentado, conclui-se que o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, ao não permitir a incidência de circunstância atenuante para reduzir a pena abaixo do mínimo legal, não respeita o sistema trifásico, o qual foi adotado pelo artigo 68 do CP na dosimetria da pena.

Ademais, quando o aplicador da lei não respeita o critério trifásico, quando diante de um caso concreto, no momento de aplicação da pena base, a aplica no mínimo legal, pois as circunstâncias judiciais são favoráveis ao agente, e no segundo momento da dosimetria da pena, verificando a presença de circunstâncias atenuantes (que sempre atenuam a pena) não as aplica, atenta contra o princípio da individualização da pena.

Cabe ressaltar, que em alguns casos, o julgador no momento de aplicação da pena, aumenta a pena base quando as circunstâncias judiciais são favoráveis, para que possa falsamente atenuar a pena base, agindo de forma a burlar a lei, atentando assim, contra a individualização da pena.

Ainda, como apresentado acima, em uma interpretação adequada ao artigo 65 do CP, conclui-se que se deve atribuir a eles uma interpretação literal, por ser esta uma interpretação que melhor se adéqua ao princípio da individualização da pena.

Porém, se o intérprete da lei ao exaurir os métodos de interpretação, não conseguir chegar ao sentido da lei, deve-se interpretar de uma forma mais favorável ao réu, pelo princípio do *in dubio pro reo* proporcionando ao agente detentor de tais benesses, uma pena justa e proporcional ao caso.

Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 11.ed. Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Penal**. 2.ed. São Paulo. Método, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**.10.ed. Niterói: Impetus, 2008.

_____, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**.9.ed. Niterói: Impetus, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal- Parte Geral -Vol.1**, 33. ed. Saraiva, 2011. Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502160347/page/80>>. Acesso em 24 de outubro de 2014.

_____, Damásio E. de. **Direito Penal- Parte Geral -Vol.1**, 32. ed. Saraiva, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado - Parte Geral** - Vol. 1, 7. ed. Método, 2013. Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4624-1/page/649>>. Acesso em 25 de outubro.

NUCCI, **Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal**, 10. ed. Forense, 2014. Disponível em:<<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5463-5/epubcfi/6/66>>. Acesso em 08 de novembro.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 4.ed. Juspodivm, 2009.