

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**Curso de Especialização em Processo Penal**

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA  
DOSIMETRIA DA PENA**

**TEODORO SILVA SANTOS**

**FORTALEZA**  
**2003**

**TEODORO SILVA SANTOS**

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA  
DOSIMETRIA DA PENA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Processo Penal da Escola Superior do Ministério Público, em Convênio com a Universidade Federal do Ceará – UFC, sob a orientação da Profa. Maria Magnólia Barbosa da Silva - Ms.

**FORTALEZA  
2003**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**Curso de Especialização em Processo Penal**

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA  
DOSIMETRIA DA PENA**

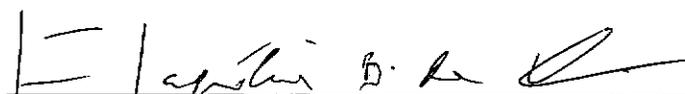
Monografia submetida à apreciação, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Especialista em Processo Penal, concedido pela Universidade Federal do Ceará/Escola Superior do Ministério Público.

AUTOR: Teodoro Silva Santos

Monografia aprovada em: 26 de maio de 2003

NOTA 10,0 (DEZ)

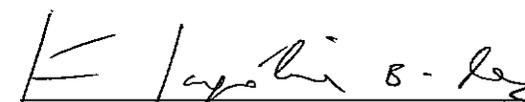
BANCA EXAMINADORA:

  
Maria Magnólia Barbosa da Silva – MS.  
Orientadora

  
Ivanice Montezuma de Carvalho Pinheiro - MS  
1º Examinador

  
Machidovel Trigueiro de Oliveira Filho – MS.  
2º Examinador

  
Machidovel Trigueiro de Oliveira Filho - MS  
Coordenador do Curso

  
Maria Magnólia Barbosa da Silva – MS  
Diretora da EMP

*No domínio da proteção dos direitos e liberdades fundamentais há três funções essenciais: é necessário defender os direitos humanos, é necessário ensiná-los e é necessário promovê-los .*

Antônio Augusto Trindade Cançado (1991)

## SUMÁRIO

RESUMO.....	4
INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA.....	9
1.1 Evolução histórica.....	10
1.2 Base constitucional.....	121
1.3 Estrutura do Princípio da Proporcionalidade.....	154
1.4 Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.....	165
1.4.1 Princípio da Proporcionalidade da Pena.....	165
1.4.2 Princípio da Necessidade das Reações Penais.....	176
1.4.3 Princípio da Utilidade Social.....	187
CAPÍTULO II - DOSIMETRIA DA PENA.....	209
2.1 Conceito.....	19
2.2 Circunstâncias qualificadoras.....	20
2.3 Circunstâncias Genéricas.....	20
2.3.1 Circunstâncias Agravantes.....	221
2.3.2 Circunstâncias Atenuantes.....	265
2.3.3 Concurso de Agravantes e Atenuantes.....	287
2.4 Causas de Aumento e Diminuição.....	298
CAPÍTULO III - CULPABILIDADE.....	29
3.1 Evolução da Culpabilidade e seu Conceito Atual.....	310
CAPÍTULO IV - BENS JURÍDICOS.....	36
4.1 Base Constitucional.....	36
4.2 Conceito.....	38
4.3 Princípio da Fragmentariedade.....	40
4.4 Algumas Considerações Sobre os Bens Jurídicos Tutelados pelo Direito Penal.....	42
4.4.1 A Vida como Bem Jurídico.....	44
4.4.2 Do Patrimônio.....	46
4.4.3 Da Liberdade.....	49
CAPÍTULO V - SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	510
5.1 Do Superior Tribunal de Justiça.....	510
5.2 Das Súmulas e da Jurisprudência.....	542
5.2.1 Do Incidente de Uniformização de Jurisprudência.....	565
5.3 Da Súmula 231 do STJ.....	587
5.4 Súmulas Vinculantes.....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	632
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	654

## RESUMO

SANTOS, T. S. *Aplicação do princípio da proporcionalidade na dosimetria da pena*. Universidade Federal do Ceará/ Escola Superior do Ministério Público. Fortaleza – CE, março de 2003. Professora Orientadora Maria Magnólia Barbosa da Silva-MS (Diretora da Escola Superior do Ministério Público-EMP). Coordenador do Curso de Especialização em Processo Penal: Machidovel Trigueiro de Oliveira Filho-MS.

Este trabalho visa prestar uma contribuição científica à proteção dos direitos e garantias que a nossa Constituição reconhece e aos quais postula efetividade. A proposta é a de apresentar um instrumento com possibilidade de ser manejado por quem opere o direito, quando a confiança depositada na lei e no legislador se tenha dissipado, ante a verificação e consciência do seu caráter opressor. Objetiva também, discutir sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na dosimetria da pena, ensejando que o julgador não deve, tão-somente, seguir os ditames da lei no momento de impor a pena, mas sobretudo, na necessidade de a pena ser proporcional à culpabilidade do agente, pois é no ato de aplicar a pena material, que o julgador confronta-se com um dos maiores direitos do homem: a liberdade. A metodologia utilizada será essencialmente teórico-descritiva, a partir de um alicerce construído em uma revisão de literatura em autores pertinentes ao tema, dentre os quais podemos citar Barros (1996), Guerra Filho (2001), Dotti (2001), Bittencourt (1997), Bonavides (1993), Castilho (2001), dentre outros. Concluímos que o uso do princípio da proporcionalidade na dosimetria da pena inicia-se no momento em que o juiz dosa a culpabilidade do agente e se estende após todo o processo trifásico da dosagem da pena. Nesse sentido, o juiz pode, através do uso deste princípio, fixar a pena base abaixo do mínimo legal, caso esta reflita a real culpabilidade do agente.

## INTRODUÇÃO

O trabalho que aqui apresentamos resultou de um estudo a respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade na dosimetria da pena, na tentativa de apontar meios que assegurem a proteção aos direitos e garantias estabelecidos em nossa Constituição, aos quais postula efetividade.

Foi nossa intenção apresentar um instrumento capaz de ser manejado pelos operadores do direito, caso a confiança depositada na lei e no legislador já não exista, em decorrência do seu caráter opressor.

Optamos por este tema por reconhecermos a necessidade de discutir e refletir sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na dosimetria da pena, mostrando que o julgador não deve se apegar, unicamente, às prescrições da lei no momento de impor a pena, mas aplicá-la de forma proporcional à culpabilidade do agente, considerando e respeitando o direito humano à liberdade.

A metodologia utilizada será essencialmente teórico-descritiva, a partir de um alicerce construído em uma revisão de literatura em autores pertinentes ao tema, dentre os quais podemos citar Barros (1996), Guerra Filho (2001), Dotti (2001), Bittencourt (1997), Bonavides (1993), Castilho (2001), dentre outros.

Iniciamos o nosso estudo traçando as origens e a evolução histórica do princípio da proporcionalidade, suas características, passando a uma análise de sua aplicação, num confronto com as regras da dosimetria da pena.

Abordamos, a seguir, a culpabilidade, pois ela é o vetor da dosimetria da pena, vez que o limite da punição dependerá diretamente do grau de culpabilidade do agente.

Traçado o conflito existente entre os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, estuda-se a visão de nossos tribunais sobre a possibilidade de fixar a pena abaixo do mínimo legal, enfocando, especialmente, a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que proíbe, na

aplicação das atenuantes, a redução da pena para aquém do mínimo legal.

Concluimos que o uso do princípio da proporcionalidade na dosimetria da pena inicia-se no momento em que o juiz dosa a culpabilidade do agente e se estende apor todo o processo trifásico da dosagem da pena. Nesse sentido, o juiz pode, através do uso deste princípio, fixar a pena base abaixo do mínimo legal, caso esta reflita real culpabilidade do agente.

## CAPÍTULO I

### APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA

A Constituição Federal, em seu artigo 5º., trata ‘Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos’, consagrando, a título de clausula pétrea, entre outros, dois princípios voltados a garantir aos homens certa estabilidade de seus direitos fundamentais perante a discricionariedade e arbitrariedade do Poder Público. São eles: o princípio da *reserva legal* e o do *devido processo legal*. Claro que o legislador consagrou outros princípios que também servem para a tutela do particular contra a ação infundada ou lesiva do Estado e dos demais membros da coletividade.

Mas a nós interessam estes dois princípios, pois têm embutido em si o *princípio da proporcionalidade*. É através da orientação do devido processo legal e da reserva legal que temos, em esfera constitucional, o princípio da proporcionalidade.

Afirmando que princípios são os alicerces de um sistema Jurídico, por sobre os quais, e somente com base neles, ergue-se toda e qualquer construção normativa possível e imaginável, Ataliba (*apud* Barros, 1996) aduz que:

*“...um princípio é uma norma mas, muito mais do que uma norma, é uma pedra angular do sistema... A fonte que serve para suportar outras normas. Muito mais do que um comando, o princípio é uma diretriz é um norte do sistema... dá sentido, direção a um grupo de normas jurídicas... se for um princípio absolutamente fundamental do sistema, ela dá o norte a todo sistema”.*<sup>1</sup>

Princípio, portanto, nada mais é do que uma norma com um grau acentuadíssimo de

---

<sup>1</sup> BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade as leis restritivas de direitos fundamentais*; Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

valor. Os princípios gozam de vida própria, figurem ou não em códigos ou leis, já que exprimem uma verdade jurídica.

Os princípios classificam-se em abertos - os que assumem o caráter de idéias jurídicas norteadoras, postulando concretização na lei e na jurisprudência - e em princípios normativos - os que são, não apenas '*ratio legis*', mas fundamentalmente '*lex*', ou seja, consistem numa verdadeira norma jurídica de plena aplicação.

Os princípios possuem superioridade e hegemonia na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e, até mesmo, confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.

As regras vigem, os princípios valem.

O valor inserido num princípio exprime-se em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são delimitados, apenas pela lei, mas por todo o Direito, em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.

Estão, os princípios hoje, no ápice da pirâmide normativa, elevando-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.

Todavia, há pouco tempo que os doutrinadores pátrios tomaram ciência da distinção entre regras e princípios. Também, aos poucos é que estudiosos do Direito Constitucional e demais ramos do direito vão se dando conta da necessidade intrínseca ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito, de se reconhecer e empregar o princípio da proporcionalidade, também chamado de '*mandamento da proibição de excesso*'. Infelizmente, nesse passo, não trilhamos o caminho seguido por constituintes de outros países, que cumpriram sua função já na fase atual do constitucionalismo, que se pode considerar iniciada no segundo pós-guerra.

Por sua vez, a pena aplicada pelo magistrado recai, normalmente, na liberdade do homem, isto porque o Estado optou por violá-la em detrimento de outras garantias.

Poderia o Estado lançar a punição sobre outros bens jurídicos, como a vida, o patrimônio, a cidadania, por exemplo; claro que existe penas que recaem sobre bens jurídicos que não a liberdade, como as penas de multa. Mas a liberdade é o bem jurídico que possui os melhores atributos para a punição, além do mais, é o único bem, além da vida, indissociável do homem.

## 1.1 Evolução histórica

O princípio da proporcionalidade surgiu na Inglaterra, onde a elite aristocrática, cansada da arbitrariedade de seus governantes, limitou o poder destes por meio da Magna Carta e, em seqüência criou vários institutos visando a proibição de excesso, tais como o *habeas corpus* e o *mandamus*, sempre mantendo a consciência que a lei devia ser razoável, que a tutela devia ser proporcional ao confronto, à lesão e ao direito.

A Revolução Francesa deu maior ênfase à limitação do poder absoluto das monarquias, mas pecou ao implantar um sistema de legalidade absoluta, ao vingar a idéia que um ato, por ser lei (pois elaborado por um parlamento que representava o povo) deveria ser respeitado a qualquer custo, ainda que eminentemente injusto, isto em nome da segurança jurídica e da estabilidade das instituições públicas.

O princípio da proporcionalidade começou a surgir na França, no momento em que o poder executivo passou a ter suas decisões reformuladas por um conselho administrativo. Cumpre esclarecer que nos dias de hoje, nesse país, o princípio da proporcionalidade é de maior aplicação no Direito Administrativo, para o controle do poder de polícia.

Na Alemanha o princípio também teve seu início na esfera administrativa. A Constituição de Weimar, consagradora dos direitos sociais, foi um documento moderno que atendia as aspirações filosóficas de seu tempo, porém foi deturpada por um ideal nazista.

No período pós-guerra, concluiu-se que a positivação de um bem elaborado catálogo de direitos não é suficiente para amparar estes mesmos direitos. Desta forma, a Constituição de Bonn, como observa Miranda (*apud* Barros, 1996), "*faz uma clara profissão de fé na dignidade da pessoa humana e admite, implícita e explicitamente, que o direito natural limita*

*o poder do Estado.*<sup>2</sup>

A constituição alemã, no firme propósito de tutelar estes direitos fundamentais, deixou claro o caráter vinculante desses direitos para os poderes do Estado. Assim, o Tribunal Constitucional alemão assimilou a ampla proteção aos direitos fundamentais, refletindo a prática aplicação de controlar as restrições legais no que se refere a três aspectos: necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Na América do Norte foi onde o princípio ganhou maior amplitude, pois já vinha sendo aplicado há mais de meio século, antes da Constituição de Bonn, com o intuito de dar aos juizes maior liberdade na criação do direito.

Os colonos americanos necessitavam de uma tutela jurisdicional, para tanto recepcionaram o direito inglês, que lhes dava poucas restrições. A Inglaterra deixava que a colônia aprovasse suas próprias leis, desde que estas fossem razoáveis e não ferissem os interesse da Coroa, ou contrariassem as leis do Reino Inglês. Nasce aí, o grande embasamento do princípio da razoabilidade, nomenclatura dada pelos norte-americanos ao princípio da proporcionalidade.

Porém, a Constituição americana proporcionou, através do uso deste princípio, que fosse feito um maior controle das liberdades ali consignadas. Esta Constituição tornou-se o paradigma de um constitucionalismo moderno, afirmando preceitos de direito constitucional os direitos naturais e oferecendo a garantia concreta de tutela por meio do controle judicial.

## **1.2 Base constitucional**

Tratando-se de um assunto de natureza eminentemente constitucional, pois tanto a *dosimetria da pena* quanto o *princípio da proporcionalidade* estão previstos em nossa Carta Política, deve-se destacar a relevância da proposta, dado que se estariam tirando conclusões do Diploma Legal que domina o cenário jurídico, em razão da supremacia das normas ali inseridas sobre as demais normas do nosso direito positivado.

---

<sup>2</sup> BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade as leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

Também, em razão dessa superioridade hierárquica das normas constitucionais, é que se faz aqui um aparte para vermos, em breves palavras, o que é a 'Constituição'.

Pode-se definir a Constituição como o complexo de normas fundamentais de um dado ordenamento jurídico, ou a ordem jurídica fundamental da comunidade.

A Constituição, a partir do seu conteúdo normativo, como complexo de normas jurídicas fundamentais escritas ou não escritas, é capaz de traçar as linhas mestras do mesmo ordenamento conceituam-na de Lei Fundamental.

Isto porque nela estão exarados os pressupostos jurídicos básicos e necessários à organização do Estado, bem como as regras asseguradoras de inúmeros direitos dos cidadãos. Em suma, a Constituição é ponto de partida e fundamento de validade do ordenamento jurídico brasileiro.

*"Como sobejamente conhecido, as normas constitucionais fundam o ordenamento jurídico. Inauguram a ordem jurídica de um dado povo soberano e se põem como suporte de validade de todas as demais regras de direito. São normas originárias, fundamentantes e referentes, enquanto que as demais se posicionam, perante elas, como derivadas, fundamentadas e referidas. Aquelas de hierarquia superior, e estas, logicamente de menor força vinculatória".<sup>3</sup>*

Considera-se a Constituição como uma referência obrigatória de todo o sistema jurídico, inclusive dela própria, uma vez que em seu corpo estão estabelecidas as formas pelas quais poderá ser reformada, daí surgindo a noção de hierarquia entre as normas jurídicas.

Em razão dessa superioridade, extirpam-se do ordenamento jurídico quaisquer atos e normas contrários. Inexistindo lugar, inclusive, para regras jurídicas que pretendam ser superiores à própria Constituição.

Fixadas essas noções e características do texto constitucional, volta-se ao tema proposto.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março 1824, previa extenso rol

---

<sup>3</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª. ed., amp. e at.: São Paulo: Saraiva, 1997.

de direitos humanos e fundamentais, consagrando, em seu artigo 179, direitos e garantias individuais, tais como: princípio da igualdade e legalidade, reserva legal e anterioridade da lei penal, inviolabilidade das correspondências, dentre outros. Uma constituição após a outra, apesar das mudanças políticas da época, vieram a acrescentar direitos e garantias individuais até chegarmos à atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro 1988.

Ressalte-se que os direitos humanos fundamentais relacionam-se com a garantia de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas, longe da ingerência do Estado. Mas há momentos em que há conflitos de direitos, cabendo ao interprete medir qual dentre os direitos deve ser tutelado. Esta interpretação não é discricionária, o próprio ordenamento jurídico dá formas de solucionar o conflito, porém deve o interprete, valorar a tutela requerida.

No Direito Penal existirá sempre o conflito dos direitos do réu colidindo com o dever/poder do Estado em punir. Este poder do Estado não é absoluto, o próprio legislador o limita.

A atuação do Estado está condicionada à previsão legal. Assim, para que o Estado possa punir ato lesivo, este ato do indivíduo há que ser tipificado como delito ou contravenção penal. É o consagrado pelo princípio da reserva legal (este princípio, a reserva legal, tem em si os preceitos do princípio da proporcionalidade, como adiante se verá).

Quanto ao princípio do devido processo legal tem-se que a aplicação da sanção penal deve seguir um processo previamente definido em lei, que dá garantias a ambas as partes, primando pela aplicação da justiça. Desta forma, não é possível dissociar os direitos fundamentais e o Estado de Direito, pois constituem idéias indissociáveis, assim entende-se que o princípio da proporcionalidade concretiza-se sobre o ideal do Estado de Direito.

Destarte, o professor Guerra Filho (2001) sugere indagarmos se o princípio da proporcionalidade efetivamente corresponderia a uma garantia fundamental, podendo a mesma questão ser colocada em face do princípio da isonomia. Ambos os princípios, aliás, acham-se estreitamente associados, sendo possível, inclusive, que se entenda a proporcionalidade como incrustada na isonomia, pois como se encontra assente em nossa doutrina, com grande autoridade, o princípio da isonomia traduz a idéia aristotélica - ou, antes 'pitagórica', como prefere Del Vecchio - de 'igualdade proporcional', própria da 'justiça distributiva', 'geométrica', que se acrescenta àquela 'comutativa', 'aritmética', meramente formal - aqui, igualdade de bens; ali, igualdade de relações.

*Para o princípio da proporcionalidade, no entanto, é de uma relevância não só teórica a sua definição como uma garantia fundamental, já que ele, ao contrário do princípio da isonomia, não se acha previsto explicitamente em nossa ordem constitucional. Essa definição, portanto, irá permitir que enquadremos em nosso direito constitucional positivo o princípio da proporcionalidade, invocando a norma apenas citada de nossa Constituição da República.*<sup>4</sup>

### **1.3 Estrutura do Princípio da Proporcionalidade**

A doutrina alemã formulou uma estrutura para o princípio da proporcionalidade, segundo a qual o princípio é formado por três elementos, ou sub-princípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, os quais em conjunto dão a densidade necessária para que o princípio possa ser utilizado pelos aplicadores do Direito.

O estudo dos sub-princípios é algo recente, pois anteriormente a doutrina os considerava como conceitos do próprio princípio, nesta visão anterior o princípio possuía dois núcleos: o meio mais idôneo e a menor restrição possível; significando que dentre os vários meios possíveis, ou seja adequados para a obtenção do fim, só caberia escolher o de conseqüências menos gravosas.

Veja que temos novos conceitos sobre a matéria envolta no princípio da proporcionalidade, necessitamos de uma pequena conceituação dos seus sub-princípios:

**Adequação ou Idoneidade:** Quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional. No exame de legislações, o controle pela adequação da medida restritiva deve ser feito sob o enfoque negativo; apenas quando inequivocamente se apresentar inidônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada.

**Necessidade ou Exigibilidade:** O pressuposto do princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio direito ou de outro direito

---

<sup>4</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O Princípio da Proporcionalidade na Constituição*: publicado na página da WEB no endereço <http://www.teiajuridica.com/mz/proporc.html>, consultado em 18.04.01.

fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.

Proporcionalidade em sentido estrito: A idéia deste princípio traduz-se no equilíbrio entre valores e bens. Desta forma, considera-se a relação entre determinada restrição e o fim a que ela se destina, mesmo quando se reconhece que não há outro meio menos gravoso que levasse ao mesmo resultado, nem por isso pode-se considerar uma medida que impõem ônus demasiado.

Após tais explanações percebemos claramente que a meta do princípio é a aplicação justa do direito, tornando-o eficaz e pleno sem causar gravames desnecessários ao indivíduo, ou na brilhante definição de Jullinek *“não se abate pardais disparando ganhões.”*

## **1.4 Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**

### *1.4.1. Princípio da Proporcionalidade da Pena.*

Para esta pesquisa o interessante é a proporcionalidade e dosimetria da pena, assim o estudo será direcionado ao princípio da proporcionalidade da pena. Este princípio possui uma dupla exigência, “pois deve traduzir o interesse da sociedade ao impor uma medida penal ‘necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime’ (CP, art. 59); de outro deve garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito”.<sup>5</sup>

Entende-se, assim, que a atitude punitiva do Estado em relação ao delito deve ser proporcional à gravidade do delito.

Para Zaffaroni (*apud* Dotti, 2001), o princípio da proporcionalidade da pena não é somente uma garantia do indivíduo, mas também da própria ordem pública, pois “a exigência de segurança jurídica impõe um limite para a reação penal, limite esse que deve ser procurado

---

<sup>5</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*: Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 64.

pela racional proporção entre a quantia do injusto e da culpabilidade com a quantidade da pena.”<sup>6</sup>

#### *1.4.2 Princípio da Necessidade das Reações Penais*

Deste os mais remotos tempos, tem-se na pena um instrumento necessário para a proteção dos bens jurídicos, sejam eles individuais ou coletivos, desta forma, a pena passa a ter função primordial na estabilidade social, pois sem ela os bens jurídicos ficam desprotegidos ou somem; sem ela os membros da sociedade se eliminam. Concluindo esta amarga analogia, o castigo é o que mantém a sociedade.

Dada a importância da pena, surgiram vários textos de lei que impõem que a sanção deva atender a necessidade da punição<sup>7</sup>. Na Exposição de Motivos do Código Penal encontra-se a base legal a este princípio, que aqui se transcreve: “*a finalidade da individualização da pena importa em optar, dentre as penas cominadas, pela qual for a aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para a ‘reprovação e prevenção do crime’*”.<sup>8</sup>

*“A Constituição Federal e a legislação penal extravagante adotam a necessidade como referência primária para punir mais gravemente determinadas formas de criminalidade violenta ou astuciosa ou certas expressões mais reprováveis de ilícito como o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos”*.<sup>9</sup>

Sobre a ótica do princípio da necessidade das reações penais, a lei estipula à certos ilícitos uma penalidade maior, procurando assim, manter a paz social.

---

<sup>6</sup> ZAFFARONI citado por DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*: Rio de Janeiro: Forense, 2001.

<sup>7</sup> Art. 8º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e art. 59, art. 121, §5º., art. 129, §8º, todos do CP.

<sup>8</sup> LEI 7.209/84, item 50.

<sup>9</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*: Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 69.

### 1.4.3 Princípio da Utilidade Social.

O Direito Penal, como todas as demais ciências, possui seu objeto de estudo: as penas. Sendo a sanção penal o fim do Direito Penal (bem como a prevenção e a repressão aos delitos), esta sanção deve ser útil à sociedade. Destarte, no momento da criação da pena pelo legislador e/ou de sua aplicação pelo juiz, devem atentar para o princípio da utilidade social da pena, fazendo com que o ofensor de alguma forma ressarça a sociedade pelo mal causado por seu ato.

Exemplos de utilidade da pena, temos nas penas restritivas de direito e de multa (art. 43 a 49 do CP)<sup>10</sup>, prestação social alternativa (art. 5º, “d” da CF/88)<sup>11</sup> e as de reparação de dano

<sup>10</sup> Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I – prestação pecuniária;
- II – perda de bens e valores;
- III – (VETADO)
- IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V – interdição temporária de direitos;
- VI – limitação de fim de semana.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

- I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;
- II – o réu não for reincidente em crime doloso;
- III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

*Conversão das penas restritivas de direitos*

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

§ 4º (VETADO)

*Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas*

(art. 62 da Lei 9.099/95)<sup>12</sup>.

É de fundamental importância que o legislador penal observe este princípio, pois ele é quem cria as normas incriminadoras. O grande jurista português Eduardo Correia adverte que a necessidade de defesa e proteção dos bens jurídicos não pode ser arbitrária ou de qualquer tipo conceitual, como seria a que partisse de um mínimo ético, de saúde pública ou da sua particular importância para a organização da vida em sociedade. Conclui que *“a pena deve ser, desde logo, limitada materialmente, pela maior coincidência possível com uma concepção majoritária e obtida através dos órgãos constitucionais competentes. Até porque, desse modo, se reduzirão ao mínimo os conflitos entre a visão do Estado e a dos particulares, entre a lei penal e a consciência de cada um, limitando até um limite possível, os chamados crimes de consciência”*.<sup>13</sup>

---

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

*Interdição temporária de direitos*

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

IV - proibição de freqüentar determinados lugares.

*Limitação de fim de semana*

Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984*)

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984*)

<sup>11</sup> Art. 5º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: ... d) prestação social alternativa.

<sup>12</sup> Lei 9.099/95, art. 62 - O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

<sup>13</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 442.

## CAPÍTULO II

### DOSIMETRIA DA PENA

#### 2.1 Conceito

A individualização da pena, em observância aos ideais do Iluminismo, ganhou assento constitucional (art. 5º, LXVI da CF/88), transformando-se em uma garantia criminal repressiva, exigindo absoluta e completa fundamentação judicial.

Na verdade o juiz ao medir a pena tem ampla discricionariedade, dada pelo legislador, porém esta discricionariedade não pode ser entendida como arbitrariedade, pois o Código Penal fixa critérios que devem ser observados na fixação da pena. Desta forma, cada operação realizada na dosimetria da pena, deve ser devidamente fundamentada, explicando o magistrado como valorou cada circunstância analisada. Na visão de Bittencuort (1997) a “*extrapolação dos limites legais é uma violação a institutos constitucionais*” (art. 5º, XXXIX e XLIV da CF/88).<sup>14</sup>

A aplicação da pena seque três etapas: *pena-base*, *pena provisória* e *pena definitiva*. Depois de fixada a pena, o juiz determinará o regime inicial, bem como a possibilidade da aplicação de pena substitutiva.

Superada a cominação legal, passa-se para o segundo momento da individualização da pena: o da aplicação judicial. Somente o juiz, mediante sentença condenatória proferida através do devido processo legal, pode fixar a pena em concreto. Os poderes do juiz (melhor diríamos *deveres*) na fixação da pena estão no artigo 59 do Código Penal.

Interessa estudar aqui os fatores da *dosimetria*, ou do cálculo da *pena em concreto*: as chamadas *circunstâncias do crime*. As circunstâncias compõem, ao lado das elementares, os requisitos específicos do tipo. Enquanto as elementares são os seus requisitos essenciais, as

---

<sup>14</sup> BITTENCUORT, Cezar Roberto, *Manual do Direito Penal*, Parte Geral, 4. ed.: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

circunstâncias são *requisitos acidentais, cuja função é modificar a pena sem afetar a constituição do crime.*

Podem ser pessoais ou subjetivas (quando descrevem condições pertinentes ao autor do crime: menoridade, reincidência, antecedentes, motivos, idade, profissão, sexo etc.), e objetivas (quando descrevem condições externas ao autor do crime: meio, modo de execução, características pessoais da vítima, objeto material etc.). As primeiras são incomunicáveis; as segundas, comunicam-se aos partícipes.

Sejam pessoais ou objetivas, cada circunstância destina-se a modificar a pena e permite a organização de um sistema legal que orienta o juiz na dosimetria. Daí concluir-se pela necessidade de estabelecer uma nova classificação das circunstâncias sob o critério da função modificativa, como passaremos a ver mais detalhadamente.

## 2.2 Circunstâncias qualificadoras

As circunstâncias qualificadoras (ou simplesmente *qualificadoras*) são as que se agregam a um determinado tipo fundamental, aumentando o mínimo e o máximo da pena em abstrato e, em consequência, formando o tipo derivado. Como vêm estabelecidas pelo legislador, o juiz está obrigado a considerá-las como limite para a aplicação da pena (ex. homicídio qualificado, art. 121, § 2º, e 155, § 4º).

## 2.3 Circunstâncias Genéricas

As circunstâncias genéricas são as que agravam ou atenuam a pena sem determinação de quantidade, devendo o juiz respeitar os limites da cominação legal.

As agravantes e atenuantes previstas na Parte Geral do Código Penal (por isso, genéricas) conferem ao juiz certa amplitude de cálculo, autorizando-o a aumentar ou diminuir a pena segundo seu prudente arbítrio, sem engessá-lo em quantidades predeterminadas.

Ainda mais: circunstâncias há que o juiz não está sequer obrigado a considerar. São as

denominadas circunstâncias judiciais ou facultativas, arroladas no art. 59 do Código Penal. Neste caso, a sentença pode deixar de considerá-las; se o fizer, poderá aumentar ou diminuir a pena sem determinação de quantidade. Entretanto, não poderá desrespeitar os limites mínimo e máximo da pena cominada, incluindo a qualificadora.

Outras circunstâncias há que vinculam o juiz. Se existirem, a sentença não poderá deixar de aplicá-las. São as *circunstâncias legais ou obrigatórias*. As agravantes estão nos artigos 61 a 63 do Código Penal; as atenuantes, nos artigos 65 e 66; por sua previsão expressa no Código Penal, alguns doutrinadores entendem ser estas circunstâncias como sendo as legais.

As circunstâncias legais de natureza geral, por sua vez, se subdividem em outras três classes:

- agravantes ou qualificativas;
- atenuantes;
- causas de aumento e diminuição da pena.

### 2.3.1 *Circunstâncias Agravantes*

São de aplicação obrigatória, exceto nos casos onde a pena-base é fixada em seu máximo valor, e são descritas no Código Penal pelos artigos 61 e 62:

*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 insidiosos 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;*
- g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;*
- h) contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida;*
- i) quando o fendido estava sob a imediata proteção da autoridade;*
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;*
- k) 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 outrém 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.*

Os artigos 61 e 62 do Código Penal prevêm as circunstâncias agravantes que deverão ser consideradas na Segunda etapa da tarefa de individualização da pena. Salvo a circunstância de reincidência, que é estritamente objetiva e totalmente desvinculada do fato crime que se analisa, todas as demais somente possuem aplicação quando se tratar de crimes dolosos, pois a agravação da reprimenda somente poderá ser lastrada pela consciência e vontade do indivíduo no tocante à ocorrência da circunstância agravante.

Embora inexista no Código Penal critério determinado para orientar o aumento da pena, o juiz não poderá promover aumento que supere os limites da pena máxima cominada ao tipo de injusto, sob pena de transcender os limites gerais estabelecidos pelo legislador e realizar uma 'justiça privada'.

## Comentários ao Artigo 61 do Código Penal

No *caput* do artigo 61 temos a distinção legal entre elementares e circunstâncias qualificadoras "..., quando não constituem ou qualificam o crime:" Assim, prevê o código que quando uma circunstância afeta a definição qualitativa do tipo penal, não pode ser considerada como circunstância agravante, para efeitos de dosimetria penal, uma vez que, sendo uma elementar, seria gravada duplamente se também considerada uma circunstância (*bis in idem*).

A seguir, em seu Inciso I, vem a reincidência como primeira das circunstâncias agravantes. De fato, seu posicionamento ocupando um inciso exclusivo no artigo é indicativo de sua relevância frente às demais, sendo considerada, de acordo com o artigo 67 do CP, como circunstância preponderante do concurso de agravantes, o que equivale a dizer que dentre todas as possíveis agravantes, a reincidência é a de maior relevância para fins de determinação da pena.

Segundo o artigo 63 do Código Penal, "*Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*". É necessário frisar o vocábulo crime, pois, nos casos em que o réu é condenado por contravenção penal, não pode ser enquadrado como reincidente, a não ser que a infração posterior também seja uma contravenção (art. 7º LCP).

Já o artigo 64 do CP impõe, como condição para reconhecimento da reincidência, um lapso de tempo máximo de cinco anos, entre a data da extinção da pena e a infração posterior. Sendo assim, para que o réu seja considerado reincidente, não basta que tenha sido condenado por sentença em trânsito julgado, mas também que a infração posterior venha a ser cometida no máximo cinco anos após a extinção da punibilidade da infração anterior.

Ainda no artigo 64 do CP, se excluem os crimes militares próprios e de natureza política para efeito de reincidência, de maneira a não poderem, crimes de tais naturezas, configurarem motivo de enquadramento do réu como reincidente.

Quanto às circunstâncias elencadas no art. 61, II do CP, para sua consideração faz-se necessário que o agente conheça os fatos ou elementos que as constituem. Assim, caso o agente desconheça a existência de determinada circunstância agravante, e venha a praticar a

infração, tal circunstância não poderá ser considerada para o cálculo da pena. Constitui-se de um rol taxativo, não admitindo ampliação.

Fazem parte do rol circunstâncias relacionadas aos motivos, à conexão de crimes, a forma de realização dos crimes, ao meio empregado pelo agente na prática do crime, às relações entre o agente e a vítima, à autoridade/poder, à condição física da vítima e também às circunstâncias sociais em que se verificou a infração. De uma forma geral, são posicionadas como circunstâncias agravantes todas aquelas que colocam o agente em uma situação de vantagem sobre a vítima, quer pela imprevisibilidade da conduta, pela vantagem física, moral ou ainda pela situação em que se verificou o ato.

## Comentários ao Artigo 62 do Código Penal

O artigo 62 do CP<sup>15</sup> traz as circunstâncias agravantes no caso do concurso de pessoas. O concurso de agentes pode ser classificado sob duas formas:

- Co-autoria
- Participação

Na co-autoria, os vários agentes realizam a conduta descrita pela figura típica. Os agentes, conscientemente, conjugam seus esforços no sentido da produção do mesmo efeito, de modo que o evento se apresenta como o produto das várias atividades. Não existe um fato principal a que acedem condutas acessórias, sendo que cada um dos agentes contribui com sua atividade na integração da figura típica, executando a conduta nela descrita objetivamente.

Na participação, os agentes não cometem o comportamento positivo ou negativo descrito pelo preceito primário da norma penal incriminadora, mas concorrem, de qualquer modo, para a realização do delito.

---

<sup>15</sup> 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;

A participação no concurso pode se dar de forma moral ou material. A participação moral se configura através do ato de inculcar na mente do autor principal o propósito criminoso ou ainda de reforçar o já existente, enquanto que a participação material é o fato de alguém se insinuar no processo da causalidade física.

No artigo 62 do CP, consideram-se agravantes circunstâncias das duas naturezas. A participação moral, notavelmente nos casos em que um dos agentes é o responsável material pela conduta dos demais, quer seja através da organização e provimento dos meios necessários à prática do ato, quer seja através de sua viabilização, é agravada.

Também nos casos onde o agente exerça qualquer tipo de coação, física ou moral, ou ainda o induza o agente a praticar a conduta, em decorrência de circunstâncias alheias à vontade do agente que executa o ato, lhe é agravada a pena. Finalmente, ainda nos casos em que a realização do delito é motivada por qualquer espécie de recompensa posterior à sua realização, configura-se a circunstância legal agravante.

### 2.3.2 Circunstâncias Atenuantes.

*“Circunstâncias são dados ou fatos, de caráter objetivo ou subjetivo, que estão ao redor do crime e atenuam a sua pena, embora não interfiram no tipo.”<sup>16</sup>*

As circunstâncias atenuantes são descritas no artigo 65 do Código Penal:

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

*I - ser o agente menor de 21, na data do fato, ou maior de 70 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*

---

IV- executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

<sup>16</sup> DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*: São Paulo: Freitas Bastos, 1986, p. 103.

*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;*

Sua aplicação em regra é compulsória, de acordo com o *caput* do artigo: "*São circunstâncias que sempre atenuam a pena...*"; discute-se, todavia, se podem reduzir a pena abaixo do mínimo legal.

De maneira análoga ao disposto no artigo 61 do CP, em seu inciso I o artigo 65 trata da circunstância atenuante preponderante, descrita pelo artigo 67 do CP<sup>17</sup>.

Trata-se da menoridade, por dizer respeito à personalidade do agente. É necessário salientar que a circunstância preponderante de natureza atenuante desqualifica a circunstância preponderante de natureza agravante, para efeito de cálculo de pena.

Sempre o menor será beneficiado, caso tenha 21 anos ainda incompletos, sendo irrelevante para tais fins se o agente é emancipado nos termos da lei.

O desconhecimento da lei por parte do agente configura-se como circunstância atenuante apenas quando se caracteriza o erro de proibição, de natureza escusável ou inevitável. Em outras palavras, ocorre quando nele incide qualquer pessoa, dotada de prudência e discernimento, sem a intenção manifesta de infringir o ordenamento jurídico sob pretexto de obter vantagens de quaisquer naturezas.

De maneira simétrica ao agravamento do crime por motivo fútil ou torpe, ocorre a atenuação da pena por motivo de relevante valor social ou moral. Motivo de relevante valor social ocorre quando a causa do delito diz respeito a um interesse coletivo. A motivação é ditada em face de um interesse que diz respeito a todos os cidadãos de uma coletividade. O motivo de relevante valor moral já diz respeito a um interesse particular do agente, configurando-se notavelmente nos casos de agressão a honra ou integridade sua e de seus pares.

Quanto à previsão de atenuação da pena devido ao arrependimento do agente, é

---

<sup>17</sup> 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.

necessário que o arrependimento se concretize sob a forma de ações de maneira a minorar o prejuízo da vítima, e também é necessário que se dê imediatamente após o crime.

Também é atenuada a pena do agente coagido nos casos de coação moral ou quando o agente atua sob ordem de superior hierárquico, e ainda quando confessa espontaneamente o delito, ou o comete em meio a tumulto ou desordem pública a qual não tenha dado causa.

Mais uma vez, embora inexista no Código Penal critério determinado para orientar a diminuição da pena, segundo entendimento jurisprudencial majoritário, o juiz não poderá promover decréscimo que supere os limites da pena mínima cominada ao tipo de injusto, sob pena de transcender os limites gerais estabelecidos pelo legislador.

### *2.3.3 Concurso de Agravantes e Atenuantes.*

Conforme o artigo 67 do Código Penal, na hipótese de concorrência de circunstâncias devem prevalecer as circunstâncias subjetivas que dizem respeito aos motivos do crime e à personalidade do agente, bem como a circunstância objetiva da reincidência.

Ainda que não contida explicitamente na previsão do artigo 67 do CP, a circunstância da menoridade foi acolhida pela jurisprudência como a predominante em qualquer hipótese:

*“A atenuante da menoridade é relevantíssima, prevalecendo sobre quaisquer outras, por dizer respeito à própria personalidade do acusado, ainda em formação. Daí decorre, em virtude de sua imaturidade, ser inferior a imputação do agente, que não está em condições iguais ao delinqüente adulto para suportar o rigor da condenação”.*<sup>18</sup>

Excluída a circunstância da capacidade do agente, o juiz analisará então a ocorrência ou não de reincidência. Caso não se verifique nenhuma das circunstâncias preponderantes, ficará a critério do juiz a dosimetria a partir das circunstâncias legais remanescentes.

Destaca-se, finalmente, que do concurso de circunstâncias, o juiz se valerá de apenas uma delas, eleita como preponderante, como aquela que efetivamente se prestará ao cálculo da pena. Não se procedem a cálculos envolvendo todas as circunstâncias verificadas, e sim apenas a partir daquela de posição superior na hierarquia descrita acima.

## 2.4 Causas de Aumento e Diminuição

As causas de aumento e diminuição são as que *alteram a pena de quantidade fixa* (ex. art. 121, § 4º; art. 226) *ou dentro de determinados limites* (ex. art. 121, § 1º; art. 155, § 2º). A redação legal descreve uma alteração fracionária a ser computada pelo juiz.

As causas de aumento distinguem-se das qualificadoras porque, ao contrário destas, não modificam os limites da pena em abstrato. Mas, sendo aplicadas, autorizam a fixação de pena em concreto acima ou abaixo dos limites da pena cominada.

Existem *causas gerais* (definidas na Parte Geral do Código Penal: artigos 14, II, 16, 70, 71) e *causas especiais* (definidas nas respectivas espécies de crime: art. 121, § 2º, 155, § 1º) de aumento ou de diminuição.

A dosimetria deve ser sempre fundamentada exaustivamente, sob pena de nulidade da sentença. É direito constitucional do réu, decorrente do *princípio da ampla defesa*, conhecer as motivações que levaram o juiz a fixar a pena.

## CAPÍTULO III

### CULPABILIDADE

Como já foi referido, a culpabilidade é um dos critérios que devem ser analisados no momento da fixação da pena; argumentam os principais juristas brasileiros, entre eles Heleno Fragoso, Cezar Roberto Bittencourt, René Ariel Dotti, Damásio de Jesus, que a culpabilidade é o principal critério na fixação da pena.

Todavia, antes de demonstrar a importância da culpabilidade na dosimetria da pena, cumpre-se conceituá-la e posicioná-la dentro do Direito Penal.

Segundo os penalistas a culpabilidade tem um conceito tríplice, que deve ser esclarecido.<sup>19</sup>

a) A culpabilidade – como ‘fundamento da pena’ – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para tanto, necessita-se da presença de certos requisitos (capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta) que constituem os elementos positivos específicos do conceito de culpabilidade. Não estado presente qualquer um desses requisitos, torna-se inadmissível a aplicação da sanção penal, a pena.

b) Culpabilidade como ‘conceito contrário à responsabilidade objetiva’. Neste especial, o princípio da culpabilidade impõe que ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver agido com dolo ou culpa.

Assim, pode-se confirmar que não haverá sanções baseadas na Responsabilidade Penal Objetiva. Na visão de Damásio de Jesus a responsabilidade penal objetiva é *“sujeição de alguém à imposição de pena sem que tenha agido com dolo ou culpa ou sem que tenha ficado*

---

<sup>19</sup> Neste especial utilizaram-se os conceitos apresentados por Cezar Roberto Bittencourt.

*demonstrada sua culpabilidade, com fundamento no simples nexó de causalidade material*".<sup>20</sup>

A culpabilidade vista em sentido contrário a responsabilidade objetiva dá o suporte do princípio da culpabilidade. René Ariel Dotti analisa a origem deste princípio como sendo "extraído da norma constitucional que proclama a dignidade da pessoa humana como um dos primeiros fundamentos da República (art. 1º, III)".<sup>21</sup>

c) Por último e de maior interesse ao nosso trabalho, tem-se a culpabilidade como elemento da determinação ou medição da pena. Neste sentido a culpabilidade funciona não como o fundamento da pena, mas sim como o limite desta, impedindo que a pena seja aplicada aquém ou além da medida prevista, aliada é claro a outros critérios, tais como: importância do bem jurídico e fins preventivos.

Por ser a culpabilidade elemento de determinação da pena que a estudaremos, pois se inicia a dosimetria da pena em cima do 'grau de culpabilidade' do agente, ou seja, ela é a peça chave da dosimetria.

Por tal motivo, crê-se que na dosagem da culpabilidade é o primeiro momento em que se deve utilizar o princípio da proporcionalidade.

### **3.1 Evolução da Culpabilidade e seu Conceito Atual**

No Direito Natural já havia a idéia de culpabilidade, onde a mesma era entendida a partir da idéia de imputação, que corresponderia a atribuição da responsabilidade da ação livre do seu autor. Os hegelianos justificavam-na, afirmando que o indivíduo, livremente (por sua vontade particular) afastava-se da vontade geral, ou seja, da lei.

Posteriormente Welzel concebeu que a reprovação da culpabilidade pressupõe que o autor tenha podido adequar sua resolução de vontade contrária ao estabelecido pelo Direito como a forma correta de agir.

---

<sup>20</sup> JESUS, Damásio. *Direito Penal – Volume 1, Parte Geral*, 16ª. ed.: São Paulo, Saraiva, 1992, p. 399.

<sup>21</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*: Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 64.

Através desta dogmática, sugeriu-se que o *livre-arbítrio* fosse o fundamento da culpabilidade (modernamente tal idéia tornou-se a vilã do conceito de culpabilidade e a responsável pela sua atual crise). Todavia, neste sentido, Welzel (*apud* Bittencourt, 1997) afirma que:

*“A liberdade existencial e desvinculada do orgânico corresponde, como uma característica positiva e decisiva do homem, à vinculação de seu espírito aos princípios da verdade, do sentido e valor, segundo as quais, tem que dirigir por si mesma sua conduta por meio de atos responsáveis. O homem é um ser responsável, ou melhor, um ser com disposição à responsabilidade. Este é o critério decisivo, que o separa existencialmente e não só normativamente de todo o mundo animal”.*<sup>22</sup>

Numa nova visão, Jescheck (*apud* Bittencourt, 1997) conceituou o livre-arbítrio como *“capacidade do homem de controlar os impulsos que sobre ele incidem e de dirigir sua decisão segundo conteúdos de sentido, valores e normas.”*<sup>23</sup>

Segundo tais doutrinadores a liberdade de vontade é a capacidade de poder reger-se conforme às normas; esta liberdade de conduta destaca que a culpabilidade não significa livre decisão em favor do mal, mas ficar preso à coação dos impulsos, sendo o sujeito capaz de autodeterminar-se conforme o sentido.

Passando à teoria da psicologia da culpabilidade, essa se torna *“uma ligação de natureza anímica, psíquica, entre o agente e o fato criminoso”*.<sup>24</sup>

Estando a culpabilidade tão intrinsecamente ligada à parte sensorial do homem, sua valorização interior e conceitos de ordem pessoal, a mesma fica comprometida, como bem anotou Rosenfeld, *“a culpabilidade de um homem não pode residir na cabeça dos outros”*.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> WELZEL citado por Cezar Roberto Bittencourt, *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, 4. ed., rev. e amp.: Revista dos Tribunais, São Paulo: 1997, p. 299.

<sup>23</sup> JESCHECK, citado por Cezar Roberto Bittencourt, *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, 4. ed., rev. e amp.: Revista dos Tribunais, São Paulo: 1997, p. 299.

<sup>24</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*, 4. ed.: São Paulo: Saraiva, 1991.

<sup>25</sup> ROSENFELD, citado por Cezar Roberto Bittencourt, *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, 4. ed., rev. e amp.: Revista dos Tribunais, São Paulo: p. 299.

No entendimento atual, conforme Delmanto (1986), define-se culpabilidade como *“forma de aferir o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu sua conduta.”*<sup>26</sup>

Para Bittencourt (1997), ao analisar o critério da culpabilidade

*“impõe-se que se examine a maior ou menor reprovabilidade do comportamento praticado, não se esquecendo porém, a realidade concreta em que o mesmo ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta. O dolo que agora se localiza no tipo penal – na verdade num dos elementos do tipo, a ação – pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura, quanto menor a intensidade, menor será a censura.”*<sup>27</sup>

Já no ponto de vista de Cury, é a *“reprovabilidade de um fato típico e ilícito, quando o seu autor, na situação concreta, podia sujeitar-se aos comandos e as proibições do Direito”*.<sup>28</sup>

Uma definição simples e objetiva nos é da por René Ariel Dotti que entende a culpabilidade como forma pelo qual *“o agente é censurado pela adoção de uma conduta contrária ao Direito, quando podia e devia agir de modo diverso”*.<sup>29</sup> (Ressalta-se que se adotou tal definição para este estudo).

Confira-se que, no Código Penal brasileiro, *“preferiu o projeto a expressão ‘culpabilidade’ em lugar de ‘intensidade de dolo ou grau de culpa’, visto que graduável é a*

<sup>26</sup> DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*: São Paulo, Freitas Bastos, 1986.

<sup>27</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto Bittencourt, *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, 4ª. ed., rev. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 299.

<sup>28</sup> CURY citado por DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*: Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 335.

<sup>29</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*: Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 335.

*censura, cujo o índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena*".<sup>30</sup>

Devido a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, "*adotou-se a concepção normativa pura ao fundamentar a culpabilidade, porque exige do sujeito imputável e capaz de adquirir a consciência da ilicitude de seu proceder, uma conduta adequada aos comandos jurídicos-penais*".<sup>31</sup>

Levando para a prática, o magistrado deve comparar os atos do caso concreto ao modelo normativo, inserindo-o na hipótese abstrata e depois retirando a sua conclusão, tornando este julgamento lei entre as partes. Concluído o julgamento da autoria e materialidade, vem então à dosagem da pena – momento da aplicação da culpabilidade.

Comumente, os magistrados consideram a culpabilidade não somente como censurabilidade dos atos do réu; mas sim, aplicam-na num contexto fático – conduta do agente e condições do crime – nesta ótica, o dolo torna-se não só uma condição da ação, mas também critério de dosimetria da pena. Desta forma, o magistrado passa a valorar a conduta do réu passando a estabelecer a pena segundo a lei e segundo o seu julgamento interno – pois cada ser humano possui valores próprios que levam a uma maior ou menor reprovabilidade de condutas (seria utópico crer em imparcialidade absoluta).

Determina a pena, que deve refletir a culpabilidade do agente, tem-se a resposta à ação ilícita do agente. Porém a pena deverá, obrigatoriamente, manter uma relação de proporcionalidade entre o mal do agente e o mal da ação.

A proporcionalidade entre pena e culpabilidade já era prevista no projeto do Código Criminal do Império de 1789, que determinava expressamente que a "*pena a ser infligida deve ser inteiramente proporcional à quantidade e à gravidade do delito e à maldade do delinqüente*".<sup>32</sup>

*"A proporcionalidade entre a pena e o ilícito toma em consideração o bem jurídico agredido e também as condições e qualidades de seu autor e deve se caracterizar como um*

---

<sup>30</sup> Exposição de Motivos do Código Penal - Lei 7.209/84, item 50.

<sup>31</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*: Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 346.

<sup>32</sup> Projeto do Código Criminal do Império, artigo 5º.

*fenômeno de equilíbrio possível: ' penna commensuari delicto' "*<sup>33</sup>

É árdua a questão da valoração dos atos do agente e a dosagem da culpabilidade; por vezes necessário faz-se que o magistrado empenhe-se no campo da filosofia, sociologia e da psicologia. Porém, a política criminal tenta suavizar esta tarefa, proporcionando critérios normativos para que a proporcionalidade possa ser aferida.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*: Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 441.

<sup>34</sup> Como exemplos temos os art. 59 e 60 do Código Penal.

## **CAPÍTULO IV**

### **BENS JURÍDICOS**

Não se pode omitir a importância dos bens jurídicos, pois o ilícito penal ocorre no momento da violação de um bem jurídico e, depois de auferida a importância desse bem violado, dosa-se a pena, aplicando-a, ulteriormente.

Assim, sempre haverá uma ligação direta entre o bem jurídico violado (objeto jurídico protegido) e o bem jurídico sobre o qual recairá a pena (liberdade, cidadania ou patrimônio – pena de multa).

#### **4.1 Base Constitucional**

Antes de apreciar o bem jurídico em si (conceito e estrutura), cumpre antes traçar um paralelo deste junto à Constituição Federal e as garantias individuais. Com o Iluminismo tivemos a relativização dos direitos absolutos, condicionando-os a um uso normal e não abusivo, tornando-se assim, não só numa garantia contra o Estado, mas passando a ser uma proteção do indivíduo contra outro indivíduo ou contra um grupo de indivíduos.

Deste entendimento decorrem as garantias individuais, visto que pregaram o caráter negativo destes direitos, ou seja, o Estado os satisfaz por um abster-se – por um não atuar; o exemplo máximo de tal entendimento está na liberdade que é garantida – satisfeita integralmente – desde que o Estado não a perturbe.

Mas os direitos individuais, com caráter meramente negativo, não são suficientes para garantir a plena liberdade individual; assim, há a necessidade de outras formas de proteção ao indivíduo, tais quais as dadas pela Constituição, garantias que fazem o Estado proteger o ser humano.

A Constituição Federal, filiando-se a esta linha de raciocínio, além de proteger o indivíduo, assegura a proteção do grupo (exemplos: família, sindicatos, igrejas, grupos de profissionais etc.)

Dentre as muitas garantias constitucionais, a de maior destaque é, sem sombra de dúvidas, a garantia à vida, fato facilmente perceptível em análise global do texto constitucional.

Já entre as garantias expressas no artigo 5º da CF/88, vê-se que o destaque é dado à igualdade. Isto devido às desigualdades inerentes ao ser e à estrutura social, daí a decorrente necessidade de equipararem-se todos os indivíduos.

Todavia, a Carta Magna não iludiu-nos com uma utópica idéia de igualdade máxima, não nos coloca numa igualdade substancial - onde há igualdade real e efetiva aos bens da vida. Impôs-nos sim à igualdade formal, ou seja, igualou iguais e desigualou os desiguais. Assim, a equiparação deve ser entendida quanto ao gozo e fruição dos direitos, bem como quanto à sujeição de deveres.

Por ser uma proteção dada pelo Estado ao ser humano, a igualdade não se dirige somente ao legislador (impedindo-o que faça leis arbitrárias), mas também consagra ao homem o direito a não ser diferenciado por outro indivíduo.

No artigo 5º da CF/88 encontra-se, de forma expressa, as garantias constitucionais de nosso ordenamento jurídico, porém, *“os direitos individuais tornar-se-iam letra morta se não fossem acompanhados de ações judiciais que pudessem conferir-lhes uma eficácia compatível com a própria relevância dos direitos assegurados”*.<sup>35</sup>

Para garantir e dar eficácia aos direitos individuais, surgiram os ‘remédios’ constitucionais, que nada mais são do que direitos de ordem processual, *“são direitos de ingressar em juízo para obter uma medida judicial com uma força específica ou com uma celeridade não encontrável nas ações ordinárias”*.<sup>36</sup>

Os remédios constitucionais são o *Habeas Corpus*, o Mandado de Segurança, o Mandado de Injunção, a Ação Civil Pública, o *Habeas Data* e a Ação Popular.

<sup>35</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed., amp. e at.: São Paulo: Saraiva, 1997, p. 231.

<sup>36</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed., amp. e at.: São Paulo: Saraiva, 1997, p. 231.

Por várias vezes haverá a interligação de uma garantia individual à um bem jurídico, ou uma garantia que proteja um bem jurídico, mas nem todos os bens jurídicos estão correlacionados às garantias individuais.

Todo bem jurídico para que tenha uma proteção correlata ao Direito Penal deve corresponder a uma garantia constitucional “é nessa acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais. É por esta via – e só por ela em definitivo – que os bens jurídicos se ‘transformam’ em *bens jurídicos dignos de tutela penal* ou com *dignidade jurídico-penal*.”<sup>37</sup>

## 4.2 Conceito

No Direito Penal o conceito de bem jurídico somente aparece na história dogmática no início do século XIX, surgiu através das idéias dos Iluministas, que descreviam o fato punível como lesão aos direitos subjetivos.

Feuerbach foi quem concebeu a expressão ‘bem jurídico’, ao referir que “*a idéia fundamental é de que, para definir uma conduta como crime, não basta a infração a uma norma ética ou divina, é necessária, sobretudo, a prova de que lesa interesses materiais de outras pessoas*”.<sup>38</sup>

Em sentido lato, bem jurídico pode ser definido como *todo valor da vida humana, protegido pelo Direito*.

O objeto de proteção do Direito Penal é o bem jurídico essencial para a coexistência e que necessita de um especial cuidado preventivo. Bem jurídico é a relação de disponibilidade entre pessoas e coisas, protegida pelo Estado através de normas cuja desobediência implica

---

<sup>37</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitada*. Lisboa: Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

<sup>38</sup> CASTILHO, Ela Wienko V. de. *O controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, lei n. 7.492, de 16/6/86*, 1. ed., 2. tir.: Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 73.

sanção.<sup>39</sup>

Em relação às funções do bem jurídico no Direito Penal, há 03 grupos distintos de orientações:<sup>40</sup>

- 1) os que entendem que sua tarefa primordial consiste na proteção aos valores ético-sociais e, em segundo, na proteção dos bens jurídicos concretos;
- 2) os que se fixam exclusivamente, ou quase exclusivamente, na proteção dos bens jurídicos;
- 3) os que vinculam a proteção dos bens jurídicos com outros fins ou mais propriamente com a paz jurídica ou social.

Todavia, todos os doutrinadores o reconhecem como de supra importância na teoria do crime e essas divergências surgem no momento de criar o delimitador dos limites puníveis.

Segundo Castilho (2001), os bens jurídicos podem ser individuais (a vida, a integridade física, a honra, o patrimônio e etc.) ou supra-individuais, universais, difuso ou coletivo (a constituição do Estado, a administração pública, a segurança da moeda, o meio ambiente equilibrado, a segurança da moeda etc.).<sup>41</sup>

No bem jurídico individual há uma ligação específica entre o bem e o indivíduo – pessoa. Esta ofensa é perfeitamente delimitada e perceptível, conforme se vislumbra nos tipos penais existentes no Código Penal.

Quanto os bens jurídicos supra-individuais, estes não se encontram diretamente ligados à pessoa, mas vinculados ao funcionamento do sistema. Havendo conflito entre os bens jurídicos individuais e os coletivos, deve optar-se pelos individuais, porque o ser humano consiste na referência fundamental do ordenamento jurídico.

Beccaria (1999) diz que *"o bem jurídico é a razão de ser do tipo legal, o espírito que o*

<sup>39</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, 4. ed., rev. e amp.: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>40</sup> Definição apresentada por Ela Wiencko de Castilho, baseada no conceito que doutrinadores têm do bem jurídico.

<sup>41</sup> CASTILHO, Ela Wieko V. de. *O controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*, lei n. 7.492, de 16/6/86, 1.ª ed., 2ª tir.: Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

*vivifica*".<sup>42</sup>

Ainda que não entenda como perfeito tal critério, o mesmo se apresenta como o mais seguro para a oportuna e exigida ordenação - tipificação. Em verdade, é sobre o bem jurídico que se assenta a elaboração dos modelos legais que, em última análise, se revelam como técnica penal de proteção aos mais elevados valores, indispensáveis ao bom convívio social. Os fatos da vida só são tipificados em lei porque atentam contra esses bens ou valores, aos quais uma dada coletividade, num determinado momento histórico, reconhece como sendo da maior importância e significação.

Dessa forma, as leis penais não são constituídas por um desordenado e aleatório agrupamento de figuras delitivas, mas por um sistemático conteúdo que exprime os valores políticos, morais e culturais da coletividade.

### **4.3 Princípio da Fragmentariedade**

Importante frisar que nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidos pelo Direito Penal, bem como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos, mas toda tutela do Estado visa proteger algum bem jurídico.

*“A violação de um bem-jurídico (sic) não basta por si para desencadear a intervenção, antes se querendo seja absolutamente indispensável à livre realização de cada um na comunidade”*<sup>43</sup>. Assim o Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos tidos como mais importantes para a sociedade.

A isto se chama caráter fragmentário do Direito Penal, posto que somente há proteção de parte dos bens jurídicos.

Pelo princípio da fragmentariedade faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada

---

<sup>42</sup> BACCARIA, Cesaria. *Dos Delitos e das Penas*, 12<sup>a</sup>. ed.: Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

<sup>43</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*: Lisboa: Revista dos Tribunais, 1999, p. 78.

à tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa.

Por esta característica seletiva não se exaure exhaustivamente a proteção dos bens jurídicos, elege-se como ilícitas as atitudes prejudiciais aos principais bens jurídicos – a necessidade de criminalizar ante a indispensabilidade da proteção jurídico-penal.

Segundo Palazzo *“a fragmentariedade não significa deliberada lacunosidade na tutela de certos bens e valores e na busca de certos fins, mas antes limites necessários a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade”*.<sup>44</sup>

Alguns autores dividem a fragmentariedade em 3 aspectos: a) defesa do bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo intenção e a tendência à lesão, excluindo-se a punibilidade de certos atos imprudentes; b) tipificando ilícita somente parte das condutas que os outros ramos do Direito consideram antijurídicas; c) não punindo ações meramente imorais, como a mentira e a homossexualidade<sup>45</sup> (grifo nosso).

A escolha dos bens jurídicos a receber a tutela do Estado depende de juízos de valor pronunciados pelo legislador.

*“Tal juízo está eminentemente ligado ao conteúdo de classe, mas a escolha não ocorre em relação ao bem protegido e dos integrantes de sua classe, mas muito mais no sentido de interesses predominantes, voltados à conservação da estrutura da base (que se compreende como a realidade relacional de classe).”*<sup>46</sup>

A eleição de um bem jurídico a receber tutela não dá nem aos bens eleitos, nem aos rejeitados, proteção ou rejeição *ad eternum*, pois o Direito não é uma ciência imutável, dependendo das condições sociais, históricas ou econômicas, o Direito muda; assim, mudam também os bens jurídicos tutelados.

<sup>44</sup> PALLAZO citado por BITTENCUORT, Cezar Roberto, *Manual do Direito Penal*, Parte Geral, 4. ed.: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 39.

<sup>45</sup> MUÑOZ CONDE citado por BITTENCUORT, Cezar Roberto, *Manual do Direito Penal*, Parte Geral, 4. ed.: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 39.

Neste sentido, Dias (1999: 69) ensina:

*“as considerações precedentes a propósito do bem jurídico já revelam claramente a sua eminente mutabilidade, não faltando exemplos de bens jurídicos emergentes e de bens jurídicos evanescentes, bem como de bens jurídicos secundários que, após um mais ou um menos longo processo de estabilização ganham jus a passar a ser considerados bens jurídicos primários ou de justiça.”<sup>47</sup>*

Além do princípio da fragmentariedade, no sistema penal brasileiro vige o simbolismo penal, ou seja, o legislador cria tipos penais devido ao clamor público, o que gera tipos penais onde a sanção é abusivamente maior que a importância do bem violado.

Por fim, volta-se a abordar a relação existente entre os bens jurídicos e as sanções existentes, desta forma, não só deve-se levar em conta a importância do bem jurídico em si, mas também se o mesmo deve ser protegido a ponto do Estado dispor da liberdade do homem quando da violação de tal bem.

#### **4.4 Algumas Considerações Sobre os Bens Jurídicos Tutelados pelo Direito Penal**

Ocorre, em certas situações, dois bens jurídicos receberem a tutela numa única descrição típica, dando dúvidas em qual tipo penal deve embasar-se a classificação. Por exemplo, o crime do art. 157 do Código Penal – roubo<sup>48</sup>-, tutela não só o direito de propriedade, mas também a liberdade e a integridade física da vítima.

---

<sup>46</sup> CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*, lei n. 7.492, de 16/6/86, 1ª ed., 2. tir.: Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

<sup>47</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*: Lisboa: Revista dos Tribunais, 1999, p. 69.

<sup>48</sup> Código Penal, art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

Outros casos ocorrem em que o fato descrito coloca em perigo de dano indeterminado número de bens individuais e coletivos, por exemplo os crimes contra a incolumidade pública. Nestes tipos penais estão ameaçados não apenas a vida, a integridade corporal e o patrimônio individual, como certas condições de vida e o patrimônio da própria coletividade.

Precisar o objeto da tutela jurídico penal nem sempre é uma tarefa fácil. Como ocorre no rapto consensual, art. 220 do Código Penal<sup>49</sup>, ainda que inserido nos crimes contra os costumes, na verdade a proteção se estende ao pátrio poder ou à autoridade tutelar.

Por fim, geralmente vários os tipos penais que tutelam um mesmo bem jurídico, diferenciando-se essas figuras delitivas, entre si, por uma qualidade do sujeito ativo, por uma referência ao objeto material (falsificação de documento público ou particular), ou por características outras que o legislador agrega àqueles fatos tipificados, considerados fundamentais.<sup>50</sup>

Por tipo fundamental ou básico do delito entende-se o fato descrito na lei em sua mais simples acepção, consistindo em um modelo legal de crime em torno do qual, não raras vezes, por meio do acréscimo de circunstâncias ou condições especializantes, o legislador faz emergir outros tipos penais denominados tipos especiais ou *sui generis*. É o caso do tipo descrito no art. 123 (infanticídio), em relação ao art. 121 (homicídio simples).

Assim é que, após reunir em grupos as figuras típicas, tendo em vista o objeto que tutelam, o legislador dispôs na Parte Especial, obedecendo à hierarquia de valores vigentes no Estado no qual o ordenamento jurídico-penal visa imperar.

---

<sup>49</sup> CÓDIGO PENAL, art. 220. Se a raptada é maior de 14 anos e menor de 21, e o rapto se dá com o seu consentimento. PENA – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

<sup>50</sup> CANTÃO, Ana Paula. Texto publicado na página da WEB no endereço <http://www.leidsonfarias.adv.br/dirpenal.html>, Belo Horizonte: outubro de 1996, consultado em 03.10.01

#### 4.4.1. *A Vida como Bem Jurídico.*

Os 10 Mandamentos são a primeira codificação a tratar do homicídio<sup>51</sup>, mas os israelitas não se utilizavam a pena de morte. A Lei de Talião, por sua vez, previa que o homicida deveria morrer, haja vista que o lema de tal lei era o olho por olho, dente por dente (isonomia absoluta em detrimento do direito de punição).

Nos primórdios de Roma, o homicídio era considerado crime público, e recebia a denominação de parricídio, não por determinar a morte do pai ou de um ascendente, mas sim de um cidadão *sui juris*. Desta forma, os escravos não podiam ser sujeitos passivos deste crime, pois não eram considerados pessoas, mas sim coisa – *res* - logo, eram objeto do crime de dano.

Havia juizes para o processo de homicídio, os *quaestores parricida*, e a pena era, invariavelmente, a morte.

Por volta de 81 a.C., a Lei Cornélia tornou-se a fonte incriminadora do homicídio. Por ela, a pena – dependendo das condições do réu e as circunstâncias do crime – poderia ser de exílio, confisco, decapitação, condenação aos animais ferozes ou a *vivicrematio*. Havia a previsão de formas mais graves de punição para os crimes de parricídio propriamente dito, envenenamento e latrocínio.

Contudo, devido às legislações ensejadas por Justiniano (535 d. C.), a morte tornou-se a pena de todas as formas de homicídio. No direito germânico, por considerarem-no como crime privado, sujeitava-se à vingança da família do réu ou à composição. O homicídio só retornou a ser crime público devido ao surgimento do direito canônico; mas manteve-se a morte como pena usual.

Foi sobre o crime de homicídio que os praxistas desenvolveram os conceitos doutrinários de vários institutos existentes na Parte Geral do Código Penal, tais quais a tentativa, o concurso, a participação, etc.

A partir do século XVIII, algumas legislações filiaram-se ao movimento humanitário e

---

<sup>51</sup> Não Mataras (Êxodo 20, 13).

passaram a reservar a pena de morte somente aos casos de homicídio qualificado, aplicava-se nos demais casos a prisão celular e os trabalhos forçados.

Desde então, os Estados de Direito passaram a primar pela vida de seus membros. Neste sentido, nossa legislação atual, devido toda a sua carga humanitária, proíbe que seus membros se destruam, excetuando os casos de excludente de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade ou estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito<sup>52</sup>) e nos abortos legais (quando do estupro resulta gravidez ou se não há outro meio de salvar a vida da gestante<sup>53</sup>).

Todos os demais casos atentatórios contra a vida serão punidos pelo Estado, salvo no caso de perdão judicial, que pode ser concedido ao homicida culposo quando as conseqüências do delito atingirem-no de forma tão grave que a pena se torna desnecessária.<sup>54</sup>

A garantia à vida é de mister importância à nossa sociedade, vez que nem mesmo o Estado pode retirá-la. Neste especial a Constituição Federal proíbe até o Estado de punir com a morte.<sup>55</sup>

*“O objetivo da tutela penal é o interesse na preservação da vida humana, sendo esta evidentemente o bem jurídico tutelado. É manifesta a altíssima relevância de tal bem, que é indisponível, sendo assim, de nenhum efeito, o consentimento da vítima”.*<sup>56</sup>

Dadas tais considerações, é altamente perceptível que a vida é o maior de todos os bens jurídicos protegidos pelo Direito, não só pelo Direito Penal mas por todos os ramos do Direito, em destaque o Direito Constitucional.

Como já citamos, o direito à vida é a maior de todas as garantias individuais

---

<sup>52</sup> Código Penal, art. 23.

<sup>53</sup> Código Penal, art. 128, I e II.

<sup>54</sup> Art. 121, § 5º

<sup>55</sup> CF/88, Artigo 5º, XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

<sup>56</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, Parte Especial, Volume I*, 11ª. ed.: Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 28.

asseguradas pelo nosso ordenamento jurídico, pois, sem a vida não se efetivam outras garantias.

#### 4.4.2 Do Patrimônio

O patrimônio é outro bem tutelado que possui destaque jurídico, mas a defesa dada a ele não tem uma origem humanitária, nem garante a eficácia de outras garantias individuais.

O direito à propriedade é visto, no Direito Civil, como “*um direito subjetivo, que visa assegurar a uma pessoa o monopólio da exploração de um bem jurídico e de fazer valer a esta faculdade contra todos que a ela queiram se opor*”.<sup>57</sup> Em suma, é a fruição plena e exclusiva, por uma pessoa, de um bem corpóreo (direito a usar, gozar, dispor ou reivindicar a coisa).

Já na óptica do direito público, as relações com o patrimônio interferem na própria estrutura do Estado; nos Estados Marxistas, é negada a propriedade ao particular quando tem por objeto os bens geradores de riqueza.

Nosso Estado, que tem uma dogmatização estruturada nos ideais do Iluminismo, proporciona ao particular a propriedade dos bens geradores de riqueza, não impondo praticamente nenhuma restrição a este direito, desde que o gozo esteja em observância à função social da propriedade.

Contudo, observa-se que em certas ocasiões nossos legisladores dão à propriedade um destaque não compatível ao todo, como por exemplo o Código Civil vigente, principalmente na concepção familiar estruturada neste diploma legal, que dá ao patrimônio posição superior do que a relações humanas, edonistas (concepção vigente até a promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988).

Dentro do Direito Penal, a tutela ao patrimônio, em certas circunstâncias, não leva só em consideração o valor patrimonial - o capital - protegendo também a relação de afetividade existente entre o agente passivo e a coisa. Assim, “*a concepção civilística, segundo a qual é*

---

<sup>57</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª. ed., amp. e at.: São Paulo: Saraiva, 1997, p. 207.

*elementar ao conceito de patrimônio a avaliação econômica dos bens e das relações que o compõe, é aqui inteiramente inválida*.<sup>58</sup>

Fragoso (1995) diz que há uma grande dificuldade no momento de classificar os crimes contra o patrimônio, devido a esses tipos penais apresentarem caracteres variadíssimos, que tornam a sistematização quase impossível.<sup>59</sup>

Outra peculiaridade, é que os delitos patrimoniais possuem tipificação em leis especiais, diferente dos crimes contra a vida, que se encontram exclusivamente no Código Penal.

Muitos dos tipos penais patrimoniais são *pluriofensivos*, pois além da ofensa ao patrimônio, lesam também a liberdade, a integridade ou a vida. Esta classificação é feita tendo em vista a teoria finalística da ação, caráter patrimonial do crime-fim.

O latrocínio, art. 157, § 3º. do CP, é um destes tipos penais que possuem dois bens jurídicos em sua formação, a vida e o patrimônio, pois o latrocínio é uma espécie de roubo qualificado pelo resultado morte.

Na definição de Bohemero, latrocínio é o "*homicídio cometido com o fim de lucro. O lucro é o fim; a morte o meio*". Carrara cita que haverá latrocínio ainda se o ladrão mata para assegurar a posse, ao ser surpreendido, pois nesta hipótese o fim é o lucro. Mas para este doutrinador, o latrocínio é um crime contra a pessoa, pela prevalência do meio, que ofende interesse mais importante.<sup>60</sup>

Fragoso (1995) faz uma dura crítica ao tipo penal do latrocínio na forma como o mesmo está descrito em nossa legislação, pois impõe ao réu uma pena severa demais independentemente da culpabilidade e do dolo. O resultado mais grave, em tais hipóteses, constitui, em regra, condição de maior punibilidade onde há simplesmente culpa (não dolo) quanto ao evento que torna o crime qualificado. O que se verifica, no entanto, é que as penas cominadas são tão severas que, de tal forma, não há outro recurso senão o de considerá-las

<sup>58</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, Parte Especial, Volume I*, 11. ed.: Rio de Janeiro: Forensc, 1995, p. 186.

<sup>59</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, Parte Especial, Volume I*, 11. ed.: Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 186.

<sup>60</sup> citados por FRAGOSO ( *op. cit.*): 210-211.

aplicáveis, tanto no caso em que esses resultados mais graves são dolosos, como nos casos que são apenas culposos.

São, evidentemente, diversas as situações, em termos de culpabilidade e merecimento de pena. Uma coisa, é matar para roubar ou assegurar a impunidade ou o produto do crime; outra é causar involuntariamente tais resultados, ou seja, provocá-los sem os ter querido ou sem, ao menos, ter assumido o risco de produzi-los. Fragoso (1995) frisa que “*A diversidade de hipótese deve ser levada em conta pelo juiz na medida da pena*”.<sup>61</sup>

Sobre o comentário de tão respeitável jurista acrescenta-se, deveria o juiz levar em conta a culpabilidade do agente no momento de dosar a pena. Utilizar o princípio da proporcionalidade e dar uma pena justa ao réu, compatível à sua intenção, ou seja, dolo contra o patrimônio e culpa ao ceifar a vida – cumpre lembrar que a pena para homicídio culposo é de um a três anos, art. 121, § 3º do CP, já a pena mínima do latrocínio são vinte anos.

Neste sentido, o juiz deve aplicar a pena tendo em vista o social almejado e em conformidade ao princípio da utilidade da pena, ainda que em desconformidade ao preceito legal.

Outro exemplo pertinente, ainda que o tipo penal não visa proteger o patrimônio, é o rapaz, com menos de 21 completos e sem antecedentes criminais, que dá um baseado (cigarro de maconha) a um colega. Por seu ato receberá do Estado uma pena mínima de três anos, pela infração ao art. 12 da Lei de Tóxicos.

A conduta do réu deste exemplo é outro caso onde a o juiz deve considerar não só o descrito em lei, mas sim outras circunstâncias, circunstâncias estas que, em dados momentos, tornam-se mais importantes do que a própria norma.

O juiz criminal também deve utilizar o preceito do art. 5º. da Lei de Introdução do Código Civil<sup>62</sup>, ainda que esta lei seja do direito privado, pois seu ideal de justiça estende-se a todos os ramos do Direito.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Parte Especial, Volume I, 11. ed.: Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 210.

<sup>62</sup> Decreto-Lei 4.657/42, art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum.

<sup>63</sup> DOTTEI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*: Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Cite-se como exemplo o tipo penal que está inserido na lei dos Crimes Hediondos, lei esta altamente demagoga, que gerou grande aumento nas penas e vedou a concessão da liberdade provisória ou a progressão de regime prisional, entre outros retrocessos graves, aos tipos penais nela inscrita.

Esta lei foi criada com o intuito de diminuir a criminalidade, porém é notório que o direito punitivo não trás nenhuma diminuição na criminalidade, pois os fatores da mesma são externos à norma.<sup>64</sup>

#### 4.4.3 Da Liberdade<sup>65</sup>

Além da vida, para que o indivíduo possa gozar de todos os direitos a ele inerentes, o Estado tem que garantir-lhe a liberdade, ou melhor, só o Estado pode cercear a liberdade de algum de seus membros. Assim, a liberdade atinge o grau de maior importância entre os bens jurídicos existentes, vez que a liberdade é condição primordial de gozo e fruição de direitos do homem.

Segundo nossa Carta Magna, em seu art. 15, III, enquanto durar a condenação criminal o réu terá seus direitos políticos cassados, ou seja, suspende-se sua cidadania.

Quanto aos direitos patrimoniais, o condenado não pode usar e gozar de seu patrimônio, por razões lógicas; já os direitos de dispor e reaver, ficam dependentes de representação, visto que o condenado, por exemplo, não pode dirigir-se ao Cartório de Registros de Imóveis para consolidar a venda de um imóvel.

Há, ainda, a redução na dignidade do preso, não por força de lei, mas devido às condições inerentes à prisão e aos presídios, uma vez que os presos, na grande maioria dos presídios e cadeias, não podem exercer atividades laborais, entregando-se, assim, ao ócio.

---

<sup>64</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, Parte Especial, Volume I*, 11. ed.: Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 212.

<sup>65</sup> Alguns dados referentes à liberdade já foram expostos no momento em que se analisaram as garantias individuais.

Por tais motivos, muitas vezes, perdem o amor pela vida e a fé interior. Estando descrentes no futuro, ao sair das prisões, estão mais aptos a praticar novos delitos.

Em virtude destas condições, as sanções decorrentes dos delitos de maior gravame (violação de um bem jurídico), recaem sobre a liberdade, ou seja, a privação da liberdade de locomoção e a sua retirada da sociedade (isto só ocorrerá se o indivíduo for penalmente imputável, esclarecendo, se tiver capacidade de compreender a ilicitude de seu ato e ter maioria penal).

Dada a importância da liberdade do homem, vedou-se aos particulares praticar qualquer ato atentatório contra a ela, por tal motivo pune-se o seqüestro e o cárcere privado.

Assim, só o Estado é parte legítima para punir, com a detenção ou reclusão, o autor de fato delituoso (pois como já citado anteriormente, ao evoluir, o Estado retirou de seus membros o direito à vingança privada).

Todavia, o cerceamento da liberdade só ocorrerá através de julgamento justo e imparcial, seguindo os critérios de lei e observando-se o contraditório e a ampla defesa.

Assim, qualquer ato arbitrário contra a liberdade será passível de *Habeas Corpus* ou Relaxamento de Prisão, dependendo do caso concreto.

Dadas as condições inerentes à liberdade, os atos estatais contra esta devem observar a necessidade e utilidade de tal restrição, uma vez que a punição deve ser proporcional ao gravame causado – princípio da proporcionalidade da pena.

Outro fator importante - ainda que não seja um ponto legal, mas sim sociológico - é que, ao sentenciar, o juiz deve observar a crise existente no sistema penitenciário, que impõe ao detento uma punição muito mais severa que os ditames da lei.

Como já referido, as penas restritivas de liberdade não só a cerceiam, mas, também extinguem, de forma impiedosa, a dignidade do réu. Por tais razões e pelo anseio de justiça, a pena, ou melhor, a punição, num todo, deve ser proporcional ao gravame; adequada, útil e necessária, a fim de atingir a forma mais justa, com a menor restrição possível ao réu e a mais rápida devolução da paz social.

## **CAPÍTULO V**

### **SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Como já citado, o intuito desta pesquisa é demonstrar a viabilidade de fixar a pena abaixo do mínimo legal, através do uso do princípio da proporcionalidade, e da valoração da conduta do agente, em conformidade com a sua culpabilidade e o bem jurídico violado.

Contudo, no nosso sistema jurídico é defeso ao juiz fixar a pena abaixo do mínimo legal, não por força de lei, pois nossos diplomas legais são omissos neste ponto, mas sim pelo entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. O STJ, através da Súmula 231, inviabiliza que os magistrados fixem a pena final abaixo do mínimo legal.

Por tal motivo, estudaremos citada súmula e sua aplicabilidade, bem como as críticas a favor e contra o uso de súmulas.

#### **5.1 Do Superior Tribunal de Justiça**

Antes de adentrarmos no teor da súmula 231, faz-se necessário dar algumas informações sobre o Superior Tribunal de Justiça – STJ, sua origem, função, organização e composição.

O Superior Tribunal de Justiça, instituído pela Carta Política de 1988, foi instalado em 7 de abril de 1989 (em virtude da Lei n.º 7.746/89), atuando como tutor da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade interpretativa da lei federal e como destacado guardião das liberdades.

Por ser a última instância das causas infraconstitucionais, no panorama institucional

pátrio, esta Corte recebe todas as vertentes jurisdicionais não-especializadas<sup>66</sup>. Assim, como órgão de convergência da Justiça comum, aprecia causas oriundas de todos os cantos do território nacional.

Sua competência está prevista no art. 105 da Constituição Federal, e, segundo o seu Regimento Interno, os processos são registrados nas seguintes classes:

- Ação Penal – APn (arts. 60, 63 e 217/232);
- Ação Rescisória – AR (arts. 35, I, 64, VI, 79 e 233/238);
- Agravo de Instrumento – Ag (arts. 34, VII, e 253/254);
- Apelação Cível – AC (arts. 64, VI, e 250/252);
- Comunicação – Com (art. 67, parágrafo único, I e VIII)
- Conflito de Atribuições – CAAt (arts. 193/198);
- Conflito de Competência – CC (arts. 193/198);
- Exceção de Impedimento - ExImp (arts. 272/282);
- Exceção da Suspeição - ExSusp (arts. 272/282);
- Exceção da Verdade - ExVerd (art. 11, VII);
- *Habeas Corpus* – HC (arts. 64, III, e 201/210);
- *Habeas Data* – HD (arts. 64, III, e 216);
- Inquérito – Inq (arts. 67, parágrafo único, V e IX, e 217 e 219);
- Intervenção Federal – IF (arts. 64, VII, 67, parágrafo único, VII, e 312/315);
- Mandado de Injunção – MI (arts. 64, III, e 216);
- Mandado de Segurança – MS (arts. 64, III, 79, parágrafo único, e 211/215);
- Medida Cautelar – MC (arts. 34, V, VI, e 288 §§ 1º e 2º);
- Notícia-Crime - NC (art. 67, parágrafo único, VI) ;
- Petição – Pet (art. 67, parágrafo único);
- Precatório – Prc (art. 310);
- Reclamação – Rcl (arts. 11, X; e 187/192);
- Recurso Especial – REsp (arts. 67, parágrafo único, II, e 255/257);
- Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* – RHC (arts. 245/246);
- Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – RMS (arts. 247/248);

---

<sup>66</sup> As justiças especiais, do Trabalho, Militar e a Eleitoral, possuem seus tribunais superiores (TST, TSM e TSE, respectivamente); tais tribunais não estão ligados ao STJ.

- Revisão Criminal – RvCr (arts. 35, III, 64, IV, 79 e 239/243);
- Representação – Rp (art. 60);
- Suspensão de Segurança – SS (art. 271).

Nos termos do art. 21, XIII, "c" do RISTJ, o Ministro Presidente decidirá, durante o recesso do Tribunal ou nas férias coletivas dos seus membros, os pedidos de liminar em mandado de segurança, podendo, ainda, determinar liberdade provisória ou sustação de ordem de prisão e demais medidas que reclamem urgência.

Além de ser a última instância em matéria federal não especializada, o STJ possui competência originária, ou seja, é o órgão primário e único para o julgamento de determinadas matérias, conforme rol do art. 105, I, da CF/88.

Compete, ainda, ao STJ, julgar os recursos ordinários das causas que tiveram início nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais de Justiça dos Estados e nos Tribunais de Alçada, conforme determina o Art. 105, II da CF/88.

O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, 33 Ministros, escolhidos entre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, conforme determina o art. 104 da Constituição Federal, originários de todas as classes de profissionais do Direito, ligados à administração da Justiça: magistrados federais e estaduais, advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e dos Territórios. Nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, são eleitos previamente em Sessão Plenária, mediante lista tríplice, para cuja elaboração observa-se o seguinte critério:

- um terço das vagas é preenchido por juizes dos Tribunais Regionais Federais;
- um terço, por desembargadores dos Tribunais de Justiça e
- um terço é reservado, em partes iguais, a advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual e do Distrito Federal e dos Territórios, alternadamente, desde que tenham mais de dez anos de efetiva atividade profissional e sejam indicados, em lista sêxtupla, pelos seus órgãos de representação.

Para sua composição inicial, a Constituição de 1988, no art. 27, § 2º, do Ato das

Disposições Transitórias<sup>67</sup>, determinou o aproveitamento dos Ministros que integravam o Tribunal Federal de Recursos.

## 5.2 Das Súmulas e da Jurisprudência

Em seu sentido estrito, jurisprudência é o conjunto das decisões dos juizes e tribunais em que se recolhe a orientação por eles seguida, quanto à forma de interpretar e aplicar a lei ao caso concreto, ou nas hipóteses de ação direta de inconstitucionalidade, ou da ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a da CF/88)<sup>68</sup>.

No sentido lato, jurisprudência significa a ciência do Direito e das leis.

A função da jurisprudência é dar o correto entendimento da lei *“contemplando-a e aperfeiçoando-a, respeitando sempre os valores que lhe serviram de inspiração, bem como provendo a fiel e exata aplicação das normas assim obtidas, em obediência aos interesses do Direito e da Justiça”*.<sup>69</sup>

A natureza jurídica da súmula está corretamente determinada pelo Ministro Prado Kelly que a definiu da seguinte forma: *“conveniência de evitar, quando possível, a versatilidade dos julgamentos e restituir à jurisprudência o valioso papel que desempenha na ordem jurídica, sem se incorrer, todavia, nos perigos da estratificação abusiva, nem da coerção reprovável”*.<sup>70</sup>

As súmulas surgiram em 1963 quando o Ministro Victor Nunes Leal, um dos maiores

<sup>67</sup> Art. 27. O Superior Tribunal de Justiça será instalado sobre a Presidência do Supremo Tribunal Federal. §2º. A composição inicial do Superior Tribunal de Justiça far-se-á:  
I- pelo aproveitamento dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos;  
II- pela nomeação dos Ministros que sejam necessários para complementar o número estabelecido na Constituição.

<sup>68</sup> Constituição Federal, art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originalmente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

<sup>69</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*: Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 235.

<sup>70</sup> RTJ 37/159.

ministros do STF, conceituou, em pequenos enunciados, o que o Supremo Tribunal Federal, vinha decidindo de modo reiterado acerca de temas que se repetiam em seus julgamentos. Era, assim, uma medida de natureza regimental, que se destinava a descongestionar os trabalhos daquela Corte, simplificando e tornando mais célere a ação de seus ministros.

*“O objetivo maior da criação das súmulas foi a uniformização da jurisprudência predominante no STF sobre matérias que não suscitasse controvérsia fática ou jurídica, além de servir de um roteiro de precedentes para profissionais do foro”.*<sup>71</sup>

Ao mesmo tempo, a súmula servia de informação a todos os magistrados do país e aos advogados, dando a conhecer a orientação da Corte Suprema nas questões mais freqüentes.

Houve críticas e resistências à sua implantação sob o temor de que ela provocasse a estagnação da jurisprudência ou que pretendesse atuar com força de lei. Devido a tais críticas, Victor Nunes Leal (*apud* Silva, 2001), em conferências proferidas na época, explicou e deixou bem claro que

*“... a súmula não tinha caráter impositivo ou obrigatório. Ela era matéria puramente regimental e podia ser alterada a qualquer momento, por sugestão dos ministros ou das partes, através de agravo contra o despacho de arquivamento de recurso extraordinário ou do agravo de instrumento”.*<sup>72</sup>

Nos tribunais superiores o principal fator de obstrução do andamento dos seus trabalhos é o imenso recebimento de feitos repetitivos. Essa abundância de causas iguais foi um dos fatores de inspiração a feitura das súmulas, pois ela resolve com toda a rapidez os casos que sejam repetição de outros julgados.

Tão grande é a utilização das súmulas para esses casos, que a sua ausência retira do

---

<sup>71</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*: Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 257.

<sup>72</sup> SILVA, Evandro Lins e. *Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante*: publicado na página da WEB no endcrço [www.imb.org.br/rcvista06/artigo/artigo.htm](http://www.imb.org.br/rcvista06/artigo/artigo.htm), consultado em 10.09.01.

### 5.2.1 Do Incidente de Uniformização de Jurisprudência

Atualmente, as súmulas são criadas através do incidente de uniformização de jurisprudência. Para tal incidente, além da existência de um julgamento no tribunal (recurso ou causa originária), são necessários outros pressupostos para o seu cabimento. Desta forma, só é cabível a uniformização de jurisprudência quando o julgamento se processar perante turma, câmara ou grupo de câmaras, inoportuno o incidente se o julgamento estiver ocorrendo no Tribunal Pleno ou se as câmaras estiverem reunidas.

O incidente pode ser levantado pelas partes, através de petição avulsa ou nas próprias razões do recurso (sendo que a petição avulsa pode ser protocolada a qualquer tempo enquanto pendente o processo). Todavia, em primeiro lugar, cabe ao juiz competente, do órgão encarregado do julgamento, pedir o pronunciamento prévio do plenário do Tribunal sobre a divergência da tese de direito aplicável ao caso pendente.

A divergência pode ser sobre a questão de mérito ou não. Porém, a “*divergência deverá recair sobre ‘teses jurídicas’ ou ‘interpretação de direito’, de cuja solução dependa o julgamento do caso concreto.*”<sup>73</sup>

O incidente de uniformização de jurisprudência tem seu procedimento previsto no Capítulo IV do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Cabe lembrar que cada tribunal tem o seu procedimento de uniformização de jurisprudência, contudo, a nós somente interessa o rito seguido pelo STJ.

Inicia-se a uniformização de jurisprudência na turma ou no grupo de turmas, que são os órgãos competentes em conhecer e decidir o pedido do juiz ou da parte. O incidente suspende o processo e, reconhecida a divergência, lavra-se acórdão e remete-se o processo ao Presidente da Corte Especial ou da Seção, que designará data para julgamento.

---

<sup>72</sup> SILVA, Evandro Lins e. *Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante*: publicado na página da WEB no endereço [www.imb.org.br/revista06/artigo/artigo.htm](http://www.imb.org.br/revista06/artigo/artigo.htm), consultado em 10.09.01.

<sup>73</sup> THEODORO Júnior, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, volume I, 27. ed., rev. e at.: Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 605.

Inicia-se a uniformização de jurisprudência na turma ou no grupo de turmas, que são os órgãos competentes em conhecer e decidir o pedido do juiz ou da parte. O incidente suspende o processo e, reconhecida a divergência, lavra-se acórdão e remete-se o processo ao Presidente da Corte Especial ou da Seção, que designará data para julgamento.

Do julgamento participa a Corte Especial e as Seções, que se reúnem em '*quorum*' mínimo de dois terços dos membros, art. 199 do Regimento Interno do STJ.

Iniciado o julgamento pela Corte Especial e as Seções, duas decisões podem ser tomadas, a) negar a divergência, determinando-se que os autos prossigam seu normal julgamento, como se o incidente não tivesse ocorrido; b) reconhecer a divergência, voltando os autos à turma, para que se dê julgamento ao feito. Todavia, a turma fica vinculada à tese de direito proclamada no incidente.

Proferido o julgamento o relator redigirá o projeto da súmula, isto se houver decisão por maioria absoluta dos membros do órgão julgador. O projeto de súmula será aprovado pelo Tribunal na mesma sessão ordinária ou na primeira sessão seguinte, art. 119, § 3º. do RISTJ.

A cópia do acórdão será remetida à Comissão de Jurisprudência que ordenará: (I) o registro do acórdão e da súmula em livro especial; (II) lançamento da cópia do número de registro; (III) lançamento da súmula em ficha, que conterá todas as suas informações; (IV) publicação do acórdão na Revista do Tribunal, sob o título 'Uniformização de Jurisprudência'.

Poderão, ainda, ser objeto de súmula, os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes.

Se a Seção entender que a matéria a ser sumulada é comum às Seções, remeterá o feito à Corte Especial. Os enunciados das súmulas, seus adendos e emendas, datados e numerados, serão publicados três vezes no Diário da União, em datas próximas.<sup>74</sup>

As súmulas podem ser revistas e extintas. Tais procedimentos estão previstos no artigo 125 do RISTJ. Dada a flexibilidade e evolução do direito, nada mais adequado que a matéria, uma vez que foi sumulada, seja revista pelo tribunal, para que seja evitado o grande equívoco de estagnar um conceito jurisprudencial, dando-lhe caráter perpétuo.

contrária à súmula.

### 5.3 Da Súmula 231 do STJ

Entre as matérias sumuladas pelo STJ, encontramos a Súmula 231, que possui o seguinte teor:

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

Rosas (1999) refere-se à mencionada súmula que, *“pela a aplicação da circunstância judicial atenuante, não se pode levar a pena à redução do limite mínimo, porque a atenuante difere da causa especial de diminuição da pena”*.<sup>75</sup>

Por este precedente, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena abaixo do mínimo legal previsto para cada tipo penal. Nossos tribunais vêm reiteradamente decidindo neste sentido.<sup>76</sup>

Assim, ainda que a pena-base seja fixada no mínimo, a existência de circunstâncias atenuantes não autoriza a redução abaixo do mínimo legal. Tal entendimento é mantido ainda que a circunstância atenuante seja a menoridade, cuja natureza é relevantíssima.<sup>77</sup>

Dotti (2001) confirma a impossibilidade de fixar a pena abaixo do mínimo legal. Ele justifica o porquê desta impossibilidade partindo de uma analogia ao art. 285 do Código Eleitoral<sup>78</sup>, que expressamente determina que a redução da pena, por causas atenuantes, deve

<sup>75</sup> ROSAS, Roberto, *Direito Sumular*, 10ª. ed., revista e atualizada: São Paulo: Malheiros, 1999.

<sup>76</sup> STF – HC n. 71.051, DJU de 9.9.1994, p. 23.442; RTJ 104/736; 114/1.027; 118/928; 143/586; RT 644/379; STJ – Resp. nº 15.695, DJU de 17.2.1992, p.1.381.

<sup>77</sup> *“A menoridade, embora atenuante obrigatória, não tem o condão de reduzir a pena abaixo do nível mínimo fixado na lei penal”* (TJSP, em RT 570/314) no mesmo sentido TACRIM-SP, em JUTACRIM 42/176; STF: HC 76315-7, Rel. Min, Maurício Corrêa, DJU de 6.9.1996, p. 31.852; HC n. 73.528-2, Rel. Min. Octavio Galloti, DJU 30.8.1996.

<sup>78</sup> Lei 4.737/65, Art. 285. Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardado os limites da pena cominada ao crime.

Dotti (2001) confirma a impossibilidade de fixar a pena abaixo do mínimo legal. Ele justifica o porquê desta impossibilidade partindo de uma analogia ao art. 285 do Código Eleitoral<sup>78</sup>, que expressamente determina que a redução da pena, por causas atenuantes, deve respeitar os limites da pena cominada ao crime. Diz ainda aquele doutrinador que:

*“A expressão utilizada pelo art. 65 do CP (“são circunstâncias que sempre atuam a pena”) deve ser compreendida como obrigatoriedade de aplicação imposta pela lei, i.e., que escapa do poder discricionário do juiz, mas que não pode ultrapassar o limite mínimo da pena privativa de liberdade indicada para cada tipo legal de ilícito”.*<sup>79</sup>

Todavia, uma parte dos juristas defende que é perfeitamente possível a aplicação da pena abaixo do mínimo legal, por reduzir a pena em virtude das atenuantes ou se considerar a influência da violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

A divergência de opiniões ocorre entre todas as classes de aplicadores do Direito. O Ministro Vicente Cernicchiaro, membro do STJ, ao julgar o Resp. n. 68.120-0<sup>80</sup>, votou no sentido de que a pena pode ser fixada abaixo do mínimo legal em virtude da existência de uma atenuante. Em suma, ainda que sumulada a matéria, não há uniformidade no entendimento da questão.

Por fim, cumpre narrar que a súmula torna defeso que as atenuantes genéricas do art. 65 do CP, reduzam a pena abaixo do mínimo legal. Contudo, a súmula e a lei omitem-se quanto à fixação da pena base abaixo do mínimo legal.

---

<sup>78</sup> Lei 4.737/65, Art. 285. Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardado os limites da pena cominada ao crime.

<sup>79</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*: Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 514.

<sup>80</sup> RSTJ 90/384

conforme suas disposições.

A idéia das ‘súmulas vinculantes’ tem sua origem em três passagens da Constituição portuguesa, condenadas, desde logo, pela abalizada opinião de Canotilho (*apud* Silva, 2001), que observa: *"os assuntos autenticamente interpretativos das normas legais, são hoje inconstitucionais, porque são verdadeira legislatio, violando o princípio da tipicidade das leis"*.<sup>81</sup>

Dotti (2001) faz a seguinte crítica à súmula vinculante:

*"É certo, porém, que a radicalização desse critério, submetendo todas as disciplinas jurídicas à simplificação das tendências de interpretação, fatalmente conduzirá ao fenômeno da mutilação de duas virtudes da alta jurisprudência: a) a identificação do Direito e da Justiça nos casos concretos; b) o exercício da sensibilidade judicial para a transformação do Direito e melhor aplicação da Justiça."*<sup>82</sup>

Como já se citou, as súmulas são de crucial importância para o Judiciário, principalmente para os Tribunais Superiores, pois através do uso das mesmas podem dar maior celeridade aos casos que lá tramitam.

Quanto às primeiras instâncias, as súmulas são indicadores ou fundamentos das decisões.

Segundo Silva (2001),

*"na prática, as súmulas já são quase vinculantes, pela tendência natural dos juizes em acompanhar os julgados dos tribunais superiores. Torná-las obrigatórias é que não me parece ortodoxo, do ponto de vista da harmonia, independência e separação dos poderes. Todos os juizes devem ter a independência para julgar de acordo com a sua consciência e o seu convencimento, inclusive para divergir da Súmula e*

---

<sup>81</sup> SILVA, Evandro Lins e. *Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante*: publicado na página da WEB no endereço [www.imb.org.br/revista06/artigo/artigo.htm](http://www.imb.org.br/revista06/artigo/artigo.htm), consultado em 10.09.01.

<sup>82</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*: Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 695.

*não me parece ortodoxo, do ponto de vista da harmonia, independência e separação dos poderes. Todos os juizes devem ter a independência para julgar de acordo com a sua consciência e o seu convencimento, inclusive para divergir da Súmula e pleitear a sua revogação”.*<sup>83</sup>

As mais preocupantes indagações sobre as súmulas vinculantes estão ligadas ao Direito Penal, conforme afirma Dotti (2001):

*“Para não atrofiar a liberdade do espírito criador da jurisprudência é que os partidários da súmula vinculante não advogam a sua utilização nos ramos jurídicos que mais sofram as flutuações dos interesses sociais, políticos, econômicos e culturais. E um desses ramos, de profunda densidade mutante, é o Direito Penal.”*<sup>84</sup>

O Direito não é permanente, fixo. Muito pelo contrário, é uma ciência em plena evolução, um verdadeiro mutante, pois os valores mudam constantemente, as leis reproduzem-se e extinguem-se numa velocidade impressionante enquanto institutos e conceitos nascem diuturnamente. Sobre essa óptica, alguns juristas vêm na súmula vinculante uma estigmatização do Direito. Hoje em dia, a súmula é um indicador de como interpretar o Direito, sabe-se também que nem todos os juizes pensam em conformidade às súmulas, nem mesmo dentro dos Tribunais que as instituem. Nesses sentido o STF conclui:

*“Que mantenha o juiz sua convicção contrária à decisão de sua Corte, ou mesmo da Corte Suprema, admite-se, nem importa rebeldia; mas, aplicando-a, enquanto se não muda. Que se recuse a aplicar a diretriz firmada pela maioria, ou, como no caso, que insista em inaplicá-la – consubstanciada em Súmula e aplicada, sem discrepância, pelo Supremo Tribunal Federal – não se justifica”.*<sup>85</sup>

A existência das súmulas, na sua forma atual, está amparada na Constituição Federal que delegou poderes ao STF<sup>86</sup> e ao STJ<sup>87</sup> de compor as suas súmulas. Todavia, a Constituição

<sup>83</sup> SILVA, Evandro Lins e. *Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante*: publicado na página da WEB no endereço [www.imb.org.br/revista06/artigo/artigo.htm](http://www.imb.org.br/revista06/artigo/artigo.htm), consultado em 10.09.01.

<sup>84</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*: Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 695.

<sup>85</sup> RTJ 113/459.

<sup>86</sup> CF/88, Art. 102, III.

<sup>87</sup> CF/88, art. 105, III.

somente dá poderes vinculantes ao STF, quando o mesmo julgar sobre a inconstitucionalidade de uma norma, pois no momento que o STF considera uma norma inconstitucional, a mesma é ceifada de nosso ordenamento jurídico.

As demais súmulas deste Tribunal e de outros, não têm poder vinculante, pois a imposição ao particular só pode ocorrer em virtude de lei. “*O princípio da legalidade impõe que somente o Poder Legislativo obriga o particular – não permitindo abusos por parte do Executivo ou do Judiciário*”.<sup>88</sup>

No mesmo sentido, Silva (2001) refere que

*“em nosso sistema, a fonte primária do direito é sempre a lei, emanada do Poder Legislativo, para isso eleito pelo povo diretamente. Os juizes não têm legitimidade democrática para criar o direito, porque o povo não lhes delegou esse poder. A sua função precípua, na organização estatal, é a de funcionar como árbitros supremos dos conflitos de interesse na aplicação da lei.”*<sup>89</sup>

Assim, entende-se que a admissão da súmula vinculante seria uma afronta à independência e harmonia dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), vez que a sumulação seria uma usurpação do poder de legislar, bem como uma afronta ao princípio da legalidade. Nos Estados Democráticos de Direito, todo e qualquer desrespeito à legalidade deve ser rejeitado, pois, como afirma Bastos (1997),

*“o princípio da legalidade eleva a lei à condição de veículo supremo da vontade do Estado. Ela é uma garantia, o que não exclui, contudo, a necessidade de que ela mesma seja protegida contra possíveis atentados à sua inteireza e contra possíveis máculas que a desencaminhem de seu norte autêntico.”*<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª. ed., amp. e at.: São Paulo: Saraiva, 1997.

<sup>89</sup> SILVA, Evandro Lins e. *Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante*: publicado na página da WEB no endereço [www.imb.org.br/revista06/artigo/artigo.htm](http://www.imb.org.br/revista06/artigo/artigo.htm), consultado em 10.09.01.

<sup>90</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª. ed., amp. e at.: São Paulo: Saraiva, 1997, p. 186.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que o princípio da proporcionalidade não tenha previsão expressa em nosso ordenamento jurídico, é indiscutível a sua aplicação aos casos concretos, principalmente em virtude da equidade.

Sendo o Direito Penal uma das áreas do Direito que mais dá ênfase ao uso dos princípios, devido à relevância dos bens jurídicos por ele protegidos, nada mais justo que o princípio da proporcionalidade seja por ele integralmente absorvido.

Entende-se que o uso do princípio da proporcionalidade na dosimetria da pena inicia-se no momento em que o juiz dosa a culpabilidade do agente, prolongando-se o uso deste princípio ao longo do processo trifásico de dosagem da pena.

Assim, na dosimetria, o juiz pode valer-se do princípio da proporcionalidade para fixar a pena base abaixo do mínimo legal, desde que a mesma reflita a real culpabilidade do agente.

A existência da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça em nada prejudica citado entendimento, haja vista que as súmulas não são imutáveis. Assim, o entendimento jurisprudencial a que me filio, que defende a fixação da pena abaixo do mínimo legal, sem contar as circunstâncias de diminuição (este entendimento é atualmente minoritário), pode ganhar mais adeptos e reformular citada súmula.

Aliás, é de bom alvitre lembrar, que posições consagradas em súmulas, estão sendo ordinariamente revistas, como a súmula 394 do STF e a súmula 174 do STJ. Além do mais, como já citado, em nosso ordenamento jurídico existe uma desproporcionalidade sistemática quanto ao bem jurídico tutelado e à sanção a ser aplicada ao seu transgressor.

A aplicação do princípio da proporcionalidade dá ao juiz, quando da aplicação da pena, a possibilidade de equilibrar a sanção aplicada na medida do bem jurídico violado. Obtendo-se, assim, uma resposta jurisdicional mais justa, pois as normas devem ser interpretadas e, sobre tudo, utilizadas de modo a produzir benefícios.

Entendemos ainda que o uso de citado princípio, com o intuito de suavizar a sanção

penal, não impõe prejuízo às demais garantias tuteladas pelo Direito Penal, pois não há prejuízo ao *'jus puniendi'* estatal, o devido processo legal será observado, os efeitos da pena serão mantidos. Unicamente, haverá uma redução no *quantum* da pena e esta cumprirá com o seu dever social, bem como será cumprido o disposto pelo princípio da utilidade social da pena, aliás esse é o maior benefício, pois não é o período de permanência do indivíduo em uma penitenciária que o faz um cidadão melhor. Pelo contrário, a maior duração da pena só lhe será prejudicial, dada a crise atual do sistema penitenciário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, promulgado em 05 de outubro de 1988.
- DECRETO-LEI 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.
- LEI 7.209, de 11 de junho de 1984. *Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal*.
- DECRETO-LEI 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.
- REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RISTJ.
- LEI 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*.
- Lei 4.737/65
- BACCARIA, Cesaria. *Dos Delitos e das Penas*, 12. ed.: Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.
- BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade as leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed., amp. e at.: São Paulo: Saraiva, 1997.
- BITTENCUORT, Cezar Roberto, *Manual do Direito Penal*, Parte Geral, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed.: São Paulo: Malheiros, 1993.
- BORGES NETTO, André L. *A Razoabilidade Constitucional*: publicado na página da WEB no endereço <http://www.jus.com.br/doutrina/razoabil.html>, consultado em 04.05.01.
- CANTÃO, Ana Paula. Texto publicado na página da WEB no endereço <http://www.leidsonfarias.adv.br/dirpenal.html>, Belo Horizonte: consultado em 03.10.01
- CASTILHO, Ela Wienko V. de. *O controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, lei n. 7.492, de 16/6/86*, 1. ed., 2. tir.: Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Freitas Bastos, 1986.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. Lisboa: Revista dos Tribunais, 1999.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral: Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Parte Especial, Volume I, 11. ed.: Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 212.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O Princípio da Proporcionalidade na Constituição*: publicado na página da WEB no endereço <http://www.teiajuridica.com/mz/proporc.html>, consultado em 18.04.01.

JACOB, Elias. *Circunstâncias Modificativas da pena*: publicado na página da WEB no endereço <http://br.geocities.com/leis/codigo/anteriores/penalcirlegais.htm> em 10/09/01.

JESUS, Damásio. *Direito Penal - 1º*. Volume, Parte Geral, 16. ed.: São Paulo: Saraiva, 1992, p. 399.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997.

PASSOS, J. J. Calmon. *Súmula Vinculante*: publicado na página da WEB no endereço [www.genedit.com.br/3rdpc/rdpc6/dnacioanl/jjcalmon.htm](http://www.genedit.com.br/3rdpc/rdpc6/dnacioanl/jjcalmon.htm), consultado em 10.09.01

ROSAS, Roberto, *Direito Sumular*, 10. ed., revista e atualizada: São Paulo: Malheiros, 1999, p. 380.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 20. ed. rev. e ampl.: São Paulo: Cortez, 1996.

SILVA, Evandro Lins e. *Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante*: publicado na página da WEB no endereço [www.imb.org.br/revista06/artigo/artigo.htm](http://www.imb.org.br/revista06/artigo/artigo.htm), consultado em 10.09.01

SILVA, Plácido da. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed.: Rio de Janeiro: Forense, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, volume I, 27. ed., rev. e at.: Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*, 4. ed.: São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. *Normas para Apresentação de Trabalhos: 2 teses, dissertações e trabalhos acadêmicos*. 6. ed. Curitiba: UFPR, 1996.

DEMAIS PESQUISAS ELETRÔNICAS:

<http://www.geocities.com/Athens/Academy/3135/circunstancias.htm> consultado em 10.09.01.

<http://www.stj.gov.br> consultado em 01.10.01.

<http://www.geocities.com/Athens/Academy/3135/prova12.htm> consultado em 03.10.01.