



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Audiência Pública
sobre eventual proposta
de cancelamento ou
alteração da **Súmula n. 231**
do Superior Tribunal de Justiça

Maio/2023



Composição do STJ em JUNHO de 2023

Francisco Falcão

Nancy Andrighi

Laurita Vaz

João Otávio de Noronha

Humberto Martins

Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Presidente)

Herman Benjamin

Og Fernandes (Vice-Presidente)

Luis Felipe Salomão

Mauro Campbell Marques

Benedito Gonçalves

Raul Araújo

Isabel Gallotti

Antonio Carlos Ferreira

Ricardo Villas Bôas Cueva

Sebastião Reis Júnior

Marco Buzzi

Marco Aurélio Bellizze

Assusete Magalhães

Sérgio Kukina

Moura Ribeiro

Regina Helena Costa

Rogério Schietti Cruz

Gurgel de Faria

Reynaldo Soares da Fonseca

Ribeiro Dantas

Antonio Saldanha Palheiro

Joel Ilan Paciornik

Messod Azulay Neto

Paulo Sérgio Domingues



STJ

Assessoria de Apoio a
Julgamento Colegiado

Equipe de suporte

Vânia Maria Soares Rocha - Assessora-Chefe da AJC

Natanael Souza de Paiva - secretaria da AJC

Juliana Moreira Cantanhede Caetano Borges - assessoria da Terceira Seção

Izabel Cristina Alves Lôbo - apoio da Terceira Seção

Ana Elisa de Almeida Kirjner - Secretária da Segunda Seção

Joselha Ribeiro de Oliveira - assessoria da Segunda Seção

Sumário

| | |
|---|----|
| Apresentação | 7 |
| Rogério Schietti Cruz - Ministro do Superior Tribunal de Justiça..... | 12 |
| José Adônis Callou de Araújo Sá - Procuradoria-Geral da República..... | 12 |
| Mário Luiz Sarrubbo - Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais..... | 15 |
| Manoel Victor Sereni Murrieta e Tavares - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - Conamp..... | 18 |
| André Estevão Ubaldino - Ministério Público do Estado de Minas Gerais..... | 20 |
| Marcelo André de Azevedo - Ministério Público do Estado de Goiás..... | 25 |
| Abel Antunes de Mello - Ministério Público do Estado de Santa Catarina..... | 29 |
| Jair Soares Júnior - Defensoria Pública da União..... | 33 |
| Zeliana Luzia Delarissa Sabala - Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul..... | 35 |
| Naiara Antunes Dela-Bianca - Defensoria Pública do Estado da Paraíba..... | 38 |
| Saulo Lamartine Macedo - Defensoria Pública do Estado de Sergipe..... | 40 |
| Mayara Lima Tachy - Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios..... | 42 |
| Hélio Soares Júnior - Defensoria Pública do Estado da Bahia..... | 44 |

| | |
|--|----|
| Thiago Yukio Guenka Campos - Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina..... | 47 |
| Luiz Henrique Silva Almeida - Defensoria Pública do Estado de Goiás..... | 50 |
| Isabel de Oliveira Schprejer - Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro..... | 52 |
| Andreza Lima de Menezes - Defensoria Pública do Estado do Paraná..... | 55 |
| Glauco Mazetto Tavares Moreira - Defensoria Pública do Estado de São Paulo..... | 58 |
| Patrícia de Sá Leitão e Leão - Representante da GAETS..... | 60 |
| Gabriel Santana Furtado Soares - Defensoria Pública do Estado do Maranhão..... | 63 |
| Ulisses Rabaneda dos Santos - Conselho Federal da OAB..... | 65 |
| Aury Lopes Júnior - Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas - ABRACRIM..... | 68 |
| Raquel Lima Scalcon - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM..... | 72 |
| Roberto Soares Garcia - Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD..... | 74 |
| Paulo Rogério Santos Giordano - Associação de Magistrados Brasileiros - AMB..... | 76 |
| Alessandro Diaféria - Associação dos Juízes Federais do Brasil - Ajufe..... | 78 |
| Maurício Stegemann Dieter - Centro de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais - CPECC..... | 80 |

| | |
|--|-----|
| Marcio Barandier - Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB | 82 |
| Djefferson Amadeus de Souza Ferreira - Instituto de Defesa da População Negra - IDPN | 84 |
| Lúcia Helena Silva Barros de Oliveira - Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos - Anadep...87 | |
| Victor Minervino Quintiere - Associação Nacional da Advocacia Criminal - Anacrim | 89 |
| Bruno Müller Silva - Conselho da Comunidade de Curitiba | 91 |
| Giovanni Diniz Machado da Silva - Conselho da Comunidade de Curitiba | 92 |
| Marina Pinhão Coelho Araújo - Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP | 95 |
| Felipe Martins Pinto - Instituto dos Advogados de Minas Gerais - IAMG | 97 |
| Pedro Machado de Almeida Castro - Instituto da Advocacia Social - INAS..... | 99 |
| Fernando Castelo Branco - Centro de Estudos das Sociedades de Advogados - Cesa..... | 101 |
| Danyelle da Silva Galvão- Professora e Doutora da USP..... | 103 |
| Ilana Martins Luz - Professora e Doutora da USP..... | 104 |
| Jorge Bheron Rocha - Professor universitário e Doutor em Direito Constitucional..... | 106 |
| Leonardo Massud - Professor de Direito Penal da PUC/SP..... | 108 |

Apresentação

No dia 17 de maio de 2023 realizou-se a primeira Audiência Pública da Terceira Seção, convocada pelo Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, relator dos recursos especiais de números 1.869.764/MS, 2.052.085/TO e 2.057.181/SE, afetados pela Sexta Turma para discussão sobre eventual proposta de cancelamento ou alteração da súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.



Plenário da Terceira Seção

Foto: Emerson Leal / STJ

A mesa foi presidida pelo Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, com a participação do Dr. José Adônis Callou de Araújo Sá, Subprocurador-Geral da República, da Assessora Helena Zani Morgado e do Secretário Gilberto Ferreira Costa.



Condução da audiência pública

Foto: Lucas Pricken / STJ

A audiência contou ainda com a participação dos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF).



Ministros da Terceira Seção

Foto: Rafael Luz / STJ

Foram ouvidos diversas entidades e especialistas com experiência e conhecimento sobre o tema.



Expositores e ouvintes

Foto: Rafael Luz / STJ

Além das exposições presenciais, houve, pela primeira vez no STJ, a participação por videoconferência, além da transmissão ao vivo pelo youtube.



Exposição por videoconferência



Exposição presencial transmitida ao vivo

Foto: Lucas Pricken / STJ



Encerramento

Foto: Lucas Pricken / STJ

- Após o encerramento foi realizada a transcrição das exposições, disponibilizadas a seguir.



SUPERIOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Audiência Pública sobre eventual proposta de cancelamento ou alteração da Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça¹²

¹ [Transcrição realizada pela Seção de Transcrição do Superior Tribunal de Justiça, conforme solicitação. Os trechos não audíveis estão marcados no texto pelo símbolo (...).]

² [Texto não revisado pelos oradores.]

Maio/2023

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Boa tarde a todos.

É com muita satisfação que declaro aberta a audiência pública, na Terceira Seção, para o debate da Súmula n. 231, contando com a participação de 49 instituições, pessoas físicas, jurídicas, ministérios públicos, defensorias públicas, institutos, especialistas.

Agradeço a presença dos prezados, queridos Ministros Sebastião Reis Júnior, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro, Jesuíno Rissato e a todos.

Tenho ao meu lado a Dra. Helena Zani Morgado, minha assessora, nosso representante do Ministério Público, também participante, Dr. José Adônis Callou de Araújo Sá, e Dr. Gilberto Ferreira Costa, Coordenador-Geral da Terceira Seção. Tenho certeza de que será uma tarde muito rica de debates.

Infelizmente, o tempo é nosso limitador e, pela quantidade de inscritos, fomos obrigados a limitar a apenas cinco minutos a fala de cada um dos participantes. Espero que compreendam essa limitação. Teremos de ser um pouco rigorosos no controle desse tempo, de modo que peço a colaboração de todos para que efetivamente se limitem a esses cinco minutos. Iremos avisar quando o tempo estiver se esgotado para uma conclusão em poucos segundos. Foi distribuída a lista dos habilitados e a ordem de intervenção de cada um.

Indago se algum dos eminentes colegas deseja fazer uso da palavra.

Podemos dar início com o primeiro convidado, a própria Procuradoria-Geral da República, Dr. José Adônis Callou de Araújo Sá, a quem tenho o prazer de passar a palavra como primeiro inscrito.

José Adônis Callou de Araújo Sá

- Procuradoria-Geral da República

Cumprimento o Ministro Rogério Schietti Cruz e todos os Ministros da Quinta e Sexta Turmas. Cumprimento os membros do Ministério Público presentes, defensores públicos,

advogados, demais profissionais do Direito que representam as diversas instituições participantes desta audiência pública.

O tempo é escasso, mas não posso deixar de registrar meus cumprimentos, a admiração pelo trabalho de impulsionamento destes debates e de mudança da jurisprudência que têm feito o Ministro Rogério Schietti Cruz, na Sexta Turma, e os demais Ministros que integram a Terceira Seção.

Na minha manifestação vou reiterar o que tenho dito nos pareceres, nos casos que chegam às Quinta e Sexta Turmas do STJ e que são distribuídos também na Procuradoria-Geral para manifestação. Digo, de saída, que não há razão para mudança do entendimento consolidado na Súmula n. 231. Mais do que isso, vislumbro a impossibilidade dessa modificação da orientação, considerando que o conteúdo da Súmula n. 231 reflete o que está também em uma decisão do Supremo Tribunal Federal no regime de repercussão geral. Refiro-me exatamente ao Tema n. 158.

Digo que são decisões que prestam à mesma compreensão do tema no sentido da impossibilidade de que a aplicação da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Invoco dispositivos do Código de Processo Civil, o novo CPC, dizendo que o novo CPC consolidou o sistema de precedentes obrigatórios conforme vários de seus dispositivos.

Aponto o art. 926:

“Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

O art. 927, deste dispositivo, inciso III, diz:

“Os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos.”

São instituições precedentes de observância por todos os tribunais.

Além dessas hipóteses mencionadas no art. 927, deve-se considerar também a de julgamento em recurso extraordinário com repercussão geral. Significa dizer, em síntese, que as teses de repercussão geral caracterizam precedentes vinculantes em relação aos

demais órgãos do Poder Judiciário.

A conclusão pode ser extraída não apenas do artigo 927 do CPC, mas de outros dispositivos do próprio CPC.

Digo:

Negativa de segmento a recurso quando em contrariedade à tese firmada em repercussão geral (art. 1.030); possibilidade de retratação pelo julgador do acórdão em sentido oposto à tese fixada em repercussão geral (art. 1.030); cabimento de reclamação contra decisão que não observa o precedente após o esgotamento das instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, do CPC).

Portanto, os órgãos do Poder Judiciário devem observar o entendimento firmado pelo STF na sistemática de repercussão geral.

Menciono também uma decisão recente do Ministro Edson Fachin, em que faz essa apreciação e afirma que os precedentes em repercussão geral devem ser observados pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Digo também que a Súmula n. 231 não viola o princípio da individualização da pena. A fixação da pena dentro dos limites mínimo e máximo previstos para o tipo penal, após o reconhecimento de circunstâncias agravantes ou atenuantes, é uma questão de observância do princípio da legalidade.

A individualização judicial da pena realiza-se dentro dos limites decorrentes dos critérios legais de fixação da pena e digo que há limites legais para individualização judicial da pena. Refiro-me – faço um estudo desses pareceres, de todos os precedentes do STJ que levaram à fixação da Súmula n. 231 – mais exatamente a um trecho de um voto do Ministro Felix Fischer, que diz:

“Em assim sendo, desde a elaboração do Código Penal, de 1940, passando pelas diversas alterações até se atingir a modificação ampla realizada pela Lei n. 7.209, nunca predominou, nem sequer mereceu destaque, o entendimento de que as agravantes e atenuantes pudessem levar à pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei. E isto, quer seja no sistema de bifásico de Roberto Lyra, quer seja do trifásico de Nelson Hungria, agora imposto legalmente, por exemplo, (ininteligível) de Hungria, Bruno e Noronha,

por demais conhecidos.”

Faço referência também às considerações do Ministro Cezar Peluso, no precedente relativo ao Tema n. 158, que fala dos riscos de alargamento da discricionariedade judicial.

Por último – o tempo se esgotou e acredito que a participação será muito mais enriquecida pelos diversos participantes que virão –, falo sobre a repercussão que teria a modificação nos institutos da justiça negocial pela incerteza, que levaria os membros do Ministério Público, por exemplo, a fazer as propostas de transação de acordo de não persecução penal, que acarretaria a aplicação das atenuantes para aquém do mínimo legal.

Com essas considerações, neste tempo tão exíguo, Sr. Presidente, encerro minha participação e espero que essa audiência pública seja enriquecida com a participação das diversas entidades convidadas, que farão as suas manifestações.

Muito obrigado.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Muito obrigado, Dr. José Adônis Callou de Araújo Sá.

Passo a palavra ao Dr. Mário Luiz Sarrubbo, representando o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais.

Mário Luiz Sarrubbo

- Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais

Boa tarde a todas, boa tarde a todos.

Em nome de S. Exa., o Ministro Rogério Schietti Cruz, cumprimento toda esta Corte, demais membros do mundo jurídico que se apresentam para este importante debate.

Represento o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça dos estados e

da União, que, respeitosamente, manifesta-se contrariamente ao cancelamento da Súmula n. 231.

Em primeiro lugar, no art. 59, I e LXVIII, do Código Penal, todos sabemos, o legislador deixa muito claro, preciso, transparente, um sistema de freios ao magistrado, vedando em pelo menos duas, das três fases da aplicação de pena, sua fixação em patamar abaixo do mínimo ou acima do máximo. Com efeito, ao cuidar da aplicação da pena, o legislador, no art. 59, I, do código, estabelece, também de forma cristalina, que o magistrado, atendendo às circunstâncias, estabelecerá as penas aplicáveis dentre as cominadas.

Já no art. 68, ao estabelecer o sistema trifásico, ele não fixa o quantum do aumento ou diminuição para a primeira e para a segunda fase, deixando esse balizamento propositadamente ao magistrado justamente porque, nos termos já citados, no art. 59, I, limitado pelo tipo penal. Já na terceira fase, o legislador indica a possibilidade de superação desses limites. E o faz por quê? Porque limita essa superação na própria circunstância, na própria causa de aumento, na própria causa de diminuição.

Quer nos parecer que esse sistema, para além de lógico, foi estabelecido em estrita obediência ao princípio da reserva legal, como mencionado pelo ilustre colega do MPF, pois, sabemos todos, está na Constituição Federal: “Não há pena sem prévia cominação legal.”

Bem se vê, portanto, que em momento algum pretendeu o legislador permitir que o magistrado, a seu critério, a seu arbítrio, possa ultrapassar os limites legais previstos no tipo penal. Nas três fases de aplicação da pena, temos um freio, e esse freio, pode-se afirmar, é o que sempre pretendeu o legislador desde a instituição deste Código Penal.

Registre-se que o entendimento retratado na súmula, como já dito, está consolidado tanto nesta Corte da Cidadania como, principalmente, na Corte Constitucional, Tema de Repercussão Geral n. 158, sempre pontuando, à luz dos princípios da reserva legal, proporcionalidade e individualização da pena.

Outros contornos práticos são importantes ressaltar, um deles é a prescrição. O art. 109 traz balizas para a prescrição. Caso superado o entendimento da súmula ora em discussão, esse artigo perderia as suas balizas com a introdução de agravantes e atenuantes no seu cálculo, de modo que cada juiz, cada magistrado, de acordo com seu critério, chegaria a uma pena em abstrato.

Essa inevitável variação cominaria em prazos prescricionais diversos para o mesmo crime, na mesma comarca, na mesma cidade, na mesma vara, muitas vezes conferindo, por óbvio, um enorme poder discricionário ao magistrado, com evidente, na nossa modesta visão e com todo o respeito, violação à legalidade e ao direito de liberdade. Isso atentaria, permitam-nos, seria uma forte contradição aos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito.

Srs. Ministros, em nosso modesto sentir, não há dissenso jurisprudencial ou doutrinário relevante, tampouco alterações sociais que justifiquem tal guinada, ou mesmo aspectos de ordem pragmática que amparem uma nova compreensão desse tema, de modo que, com todo o respeito, insisto, revela-se temerária, desnecessária a pretendida revisão, que somente traria instabilidade para o sistema de justiça brasileiro.

Finalizando, eu gostaria de lembrar a advertência que já nos fazia o eminente jurista Alberto Silva Franco. Ele já alertava, há mais de três décadas, que a autorização da fixação da pena abaixo do mínimo, em função de uma atenuante, não poderia excluir a possibilidade de sua fixação acima do máximo, em razão da incidência de circunstância agravante e, nesse caso, o princípio da legalidade – isso é importante – sofreria golpe mortal e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos e até mesmo da ideologia dos magistrados. Além disso, esse entendimento conferiria relevância punitiva maior a dados acidentais do delito. As agravantes e atenuantes seriam mais importantes do que as elementares.

Por isso, reiteramos nossos memoriais e aguardamos que seja mantida integralmente o teor da Súmula n. 231, pedindo escusas pelo excesso.

Obrigado.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Muito obrigado, Dr. Mário Luiz Sarrubbo.

Teríamos, na sequência, o representante do Conselho Nacional do Ministério Público, mas não vejo inscrição de nenhum representante, de modo que passamos para a Associação

Nacional do Membros do Ministério Público – Conamp, na pessoa do seu presidente o Dr. Manoel Victor Murrieta e Tavares.

Manoel Victor Sereni Murrieta e Tavares

- Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - Conamp

Exmo. Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, a quem, desde já, quero saudar e agradecer a oportunidade de trazer a voz da Conamp neste debate, pois é sabido que nós representamos mais de dezesseis mil membros do Ministério Público neste País. É uma honra estar presente e trazer a voz da entidade de classe. Ministro Sebastião Reis Júnior, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, todos os Ministros presentes, é uma honra participar deste momento.

Eu gostaria de saudar todos os agentes do sistema de justiça presentes, advogados, defensores, meus colegas de Ministério Público, conselheiro do CNMP, que se faz presente, todas as honras e as saudações do Conamp e da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público.

Srs. Ministros, pelo tempo, pela dificuldade, caríssimo colega do MPF, a Conamp traz dois pontos apenas para serem levados em consideração na síntese deste debate. O primeiro já trouxe muito bem o Dr. Sarrubbo, a questão do mérito do trifásico, da legalidade, das amarras e das margens que são necessárias ao juiz para fazer a ponderação e a aplicação da pena.

É necessário ainda reforçar esse posicionamento, principalmente não só pela questão da legalidade, do princípio da reserva legal, mas este subjetivismo exagerado, esse condicionalismo necessário, que Farias nos traz, se não respeitado, poderemos ter, sim, a consecução e a conclusão de uma proteção insuficiente, e V. Exas. muito bem sabem que é um princípio que a Constituição exige para que tenhamos uma segurança jurídica neste ponto.

A Súmula n. 231 traz, sim, uma segurança e uma margem mínima, e pode ser considerada um piso de garantia não apenas ao acusado, mas também a toda a sociedade, a todo cidadão, em razão de que, se não respeitada, pode realmente caracterizar essa proteção insuficiente. Percebemos de uma maneira muito clara, além disso, que, a não se respeitar

a questão do piso mínimo da pena mínima, teríamos critérios cada vez mais sem nenhuma base, sem nenhuma indicação, sem nenhuma amarra, sem nenhum condicionalismo, mas, principalmente, sem nenhum critério.

Fugindo do critério matemático de $1/6$, $1/8$, perguntaríamos até quanto poderíamos baixar a pena mínima. Poderíamos zerar a pena? Poderíamos chegar a um ponto, como muito bem trouxe o Dr. Sarrubbo, em que a prescrição sempre ocorreria, porque teríamos vários fatos e várias possibilidades de mudança dessa pena para conclusão diante do 109?

Diante dessa realidade, dessa preocupação, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público vê que, realmente, quebrando, revogando, esse postulado que hoje vige, estaríamos diante de um poder exacerbado, de um subjetivismo exacerbado, e que, mesmo na via recursal, o próprio revisor não teria balizas mínimas para censurar ou criticar aquela dosimetria. Este é o primeiro ponto que a Conamp vê como uma grande dificuldade para aceitarmos essa nova posição ou a mudança da posição atual.

Verifica-se ainda a importância de se observar, como já trazido, e acredito que todos os oradores trarão a previsão do art. 927 do CPC, a necessidade de segurança e de cumprimento das decisões do Supremo Tribunal Federal em relação aos outros tribunais, para que possamos ter segurança jurídica, orientação, indicação de qual seria o melhor caminho para cada caso concreto, senão ficaríamos sempre à mercê dos humores, dos preconceitos e das pré-condições de análise do magistrado.

A partir deste raciocínio, temos muito claro que ficaríamos diante de um vazio sob análise crítica para ponderar ou contrariar argumentos. Pergunta-se: é possível zerar a pena? Será possível exasperar essa pena a um ponto em que não se tenha limite para sua conclusão máxima? São essas as consequências que nos preocupam.

Então, a Conamp vem com estes dois argumentos: a necessidade de respeito, a necessidade de segurança, a necessidade de proteção e, principalmente, o respeito à hierarquia da decisão do tema do Supremo Tribunal Federal, em que teremos, sim, uma tranquilidade, uma transparência, para melhor aplicar a política criminal.

Agradeço bastante o tempo dos senhores e, com muito respeito, aguardamos o desenrolar do debate.

Muito obrigado, Excelências.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Muito obrigado, Dr. Manoel Victor Murrieta.

Temos agora a participação dos ministérios públicos dos estados e, para otimizar os trabalhos, houve um acerto entre alguns desses ministérios públicos, de Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Santa Catarina, Rondônia, Acre e Maranhão, para dividirem o tempo entre três representantes deste grupo. São o Dr. André Ubaldino, pelo Ministério Público de Minas Gerais, o Dr. Marcelo André de Azevedo, pelo Ministério Público de Goiás, e o Dr. Abel Antunes de Mello, pelo Ministério Público de Santa Catarina.

O tempo será proporcionalmente dividido para cada um por doze minutos, porque, como estão representando outros ministérios públicos, alargamos esse tempo na proporção devida.

De início, fala o Dr. André Estevão Ubaldino, pelo Ministério Público de Minas Gerais.

André Estevão Ubaldino

- Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Boa tarde, Excelência. Boa tarde, Dr. Rogério Schietti Cruz.

Peço licença aos demais integrantes para cumprimentar a todos na pessoa do Dr. Rogério Schietti Cruz, exatamente em função da exiguidade do tempo que nos exige racionalidade, bem como, é claro, respeito ao tempo dos senhores, sabidamente muito curto.

Eu gostaria de registrar, lembrando que, entre nós, membros do Ministério Público, especialmente aquele que já se encontra no exercício da atividade há muitas décadas, certamente não existe nenhum de nós que não tenha, ao final do julgamento, em algum momento, entendido que a pena, embora fixada no máximo, não foi suficiente, ou que a pena, embora fixada no mínimo, foi exagerada.

Óbvio que, tal qual ocorre com os magistrados, obrigados a sentenciarem dentro desses limites, também somos levados comumente a um abalo de nossas emoções e crenças em virtude disso, mas o que, na verdade, nos pacifica e acaba por nos pacificar é a ciência que temos de que essas são as contingências do Estado Democrático de Direito, em que, distribuídas as funções e a partir dessas funções, cabe ao Poder Legislativo determinar os limites das sanções penais, os limites mínimo e máximo, precisamente para que possamos compatibilizar esses dois interesses sempre e sempre em colisão, que são os da proibição de acesso e os da proibição de proteção deficiente.

De tal sorte que, trazida ao debate essa temática, sempre recorrente de se deve ou não haver um limite mínimo para as penas, eu gostaria de observar, permitindo-me acrescentar argumentos aos já lúcidos e profundos antes de mim apresentados, que, na verdade, o Direito brasileiro desde há muito reconheceu uma notável, uma profunda diferença entre aquelas que são, de um lado, as circunstâncias e aquelas que, de outro, são as majorantes e as minorantes. A contribuir evidentemente para o debate, que é o que a nós, do Ministério Público, interessa, fiz um ligeiro percurso pela legislação penal brasileira, começando pelo Código Criminal de 1830, e lá se verifica que, desde há muito, o art. 15 dizia:

“As circunstâncias agravantes e atenuantes dos crimes influirão na agravação ou apelação das penas, [sendo certo que, pouco adiante, afirma ele], com que hão de ser punidos dentro dos limites prescritos na lei.”

Afirmando, pois, que, independentemente de quais fossem as circunstâncias, elas haveriam de operar entre o limite mínimo e máximo.

No código, diga-se de passagem, extremante festejado, o Código Criminal de 1830, que, todavia, confundindo um pouco circunstâncias com minorantes, em um dado instante, reconhecendo aquilo que autenticamente era minorante, previu que ser um delinquente menor de 21 anos, segundo disse, era uma causa que justificava, como minorante que era, embora substancialmente tratada como se agravante fosse, embora formalmente tratada como se atenuante fosse, é uma causa que permitiria a redução para aquém do mínimo. Perceba-se que, mantida ou estabelecida essa diferença pelo Código Criminal de 1830, venha ela a ser reproduzida de novo no Código de 1890.

Em 1890, também se afirmou, no art. 36, categoricamente, a flexão do verbo não deixa dúvidas quanto a isso, que as circunstâncias agravantes e atenuantes dos crimes: “influirão na agravação ou atenuação, mas sempre respeitados os limites mínimo e máximo”, sendo

certo que essa mesma codificação previa, mais adiante, causas de diminuição, e essas, sim, permitiriam fosse a pena fixada abaixo do mínimo.

Pois muito bem, veio a consolidação de 1932, que reproduziu essa mesma disposição, vindo a fazer o mesmo o Código Penal de 1940, que estabeleceu uma distinção entre causas de diminuição, de um lado, e circunstâncias, de outro, sendo certo, exatamente pela falta de um artigo tal qual veio a ser a partir da reforma de 1984, como o art. 68, que estabeleceu sua polêmica em meio à jurisprudência, encabeçada fundamentalmente por Nelson Hungria, de um lado, e Roberto Lyra, de outro, em que se discutia se a pena deveria ser fixada em duas ou três fases.

Essa discussão parece sumamente importante, porque acabou preponderando a visão da maior parte da doutrina, aí contar com José Frederico Marques, entre outros, cujos nomes assinaei, que dizia que a pena deveria, sim, ser fixada em duas fases, não em três, como defendia Nelson Hungria.

Quando se buscou a justificativa para que assim o fosse, foi exatamente o que reconheceu a doutrina a inexistência de diferença substancial entre as circunstâncias judiciais, previstas no art. 59, à época no art. 42 – é bom que se diga –, e as circunstâncias legais previstas nos arts. 44 e 48, relativamente às quais dizia o código que elas sempre agravariam ou sempre atenuariam, não havendo, todavia, naquele momento, no âmbito da jurisprudência ou na doutrina, qualquer dissenso quanto a quê? Esse sempre esbarraria nos limites mínimo e máximo, impedindo-se, portanto, que as circunstâncias ultrapassassem ou permitissem a ultrapassagem dos limites mínimo e máximo.

Essa mesma solução – é bom que se diga – foi adotada no Decreto-Lei n. 1.001, Código Penal Militar, que aí, sim, textualmente afirma a impossibilidade de agravantes e atenuantes transponham os limites mínimo e máximo, ao mesmo tempo em que afirma categoricamente que as minorantes e as majorantes podem fazê-lo. A mesma coisa se reproduziu no Código Penal de 1969, Decreto-Lei n. 1.004/69, que entrou em vigor, mas cuja vigência, cuja entrada em vigor foi postergada de tempos em tempos, até que finalmente veio a ser revogado antes que se tornasse obrigatório entre nós.

Não bastasse tudo isso, veio então a Reforma de 1984. Essa, sim, poderia eventualmente suscitar alguma dúvida sobre poderem ou não as circunstâncias legais levarem a pena para além do máximo ou para além do mínimo. E foi, então, na exposição de motivos que encontramos a justificativa para que tenham sido separadas umas de outras, porque o projeto foi feito

por Nelson Hungria, que, desde sua origem, explicava porque desdobrado o processo de fixação da pena privativa de liberdade em três etapas, não porque fossem as circunstâncias legais diferentes das judiciais, pois essencialmente não são, ontologicamente não são, mas, separadas umas de outras – isso está claramente exposto na exposição de motivos, dito na exposição de motivos –, permite-se com mais cuidado, com mais profundidade, com mais senso crítico, com mais objetividade, determinar-se por que a pena chegou a tal qual limite.

Isso está textualmente afirmado na exposição de motivos do Código Penal de 1984, de tal sorte que a solução claramente adotada pelo Código Penal, especialmente no art. 68, ao determinar que a pena privativa de liberdade seja fixada em três etapas, é exatamente buscar: fixada na primeira etapa, dentro dos limites mínimo e máximo; na segunda etapa, também dentro do limite mínimo e máximo; apenas as causas de aumento e diminuição possam, eventualmente, resultar na ultrapassagem de um ou de outro limite, porque, se recolhermos as múltiplas causas de aumento e diminuição previstas no Código Penal e as confrontarmos com as agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61 e 65, veremos claramente que, substancialmente, são umas muito distintas das outras. Tome-se o exemplo do art. 14 do Código Penal, que estabelece a possibilidade da redução da pena de 1/3 a 2/3, em virtude de o crime tenha sido tentado. Absolutamente justificável, porque aí não se terá uma violação irreversível ao bem juridicamente tutelado e que tenha sido ofendido pelo acusado.

Vem de nossa parte uma outra preocupação. Primeiro porque, se dissermos que o sempre, e por uma questão de simetria, o sempre do art. 61 há de valer também como o sempre do art. 65, poderíamos chegar a penas a incalculáveis – claro, com um certo exagero –, mas visto que as circunstâncias agravantes previstas nos arts. 61 e 62 aproximam-se de uma dezena e meia, eventualmente, ultrapassam a dezena e meia. Se, portanto, fôssemos entender o sempre do art. 61 como o sempre do art. 65, invariavelmente poderíamos (...) penas reduzidas a zero e, eventualmente, penas máximas, porque incidentes, várias agravantes, superiores ao máximo legal.

É exatamente isso que não se pretende, muito ao contrário, o que se pretende é exatamente a segurança jurídica que resulta do fato de que, enquanto as agravantes e as atenuantes são contidas pelos limites mínimo e máximo, assegurando, conferindo a todo cidadão a segurança jurídica indispensável à vida em sociedade, as causas de aumento e diminuição, essas, sim. Por quê? Essencialmente diferentes, porque ontologicamente diferentes, elas devem, sim, permitir a transposição do limite mínimo e máximo.

Buscando me aproximar da conclusão, lembro exatamente que esse nosso sentimento

de tristeza, de frustração, obviamente há de compatibilizar-se com o fato de que existe o limite previsto pela lei exatamente na busca desse permanente equilíbrio que buscamos entre as intervenções do Estado e a liberdade individual. O fato é que, quando o legislador pretende conceder benefícios tais quais, por exemplo, a possibilidade de uma pena que não seja a mínima, que seja abaixo de uma virtual mínima, ele o faz como faz, por exemplo, o Código Eleitoral, em que há a previsão da pena máxima e não há a previsão da pena mínima.

De igual sorte, quando o legislador entender demasiadamente severas as disposições legais, pretende considerar algum (...), ele o faz, como fez expressamente, prevendo a transação penal, a colaboração premiada, a suspensão condicional do processo, a atenuante nominada do art. 66, bem como a possibilidade, especialmente em crimes contra o patrimônio, refiro-me mais especificamente ao furto, e até mesmo o juiz, entendendo exagerada uma pena reclusiva, substituí-la eventualmente por uma pena de detenção ou até mesmo permitir a imposição da pena de multa.

Enfim, temos um sem número de argumentos que poderíamos manejar diante de V. Exas., sempre muito respeitosamente, na expectativa de que a súmula não seja cancelada e não por que venhamos para defender outro interesse que não seja o da proteção aos bens jurídicos, embora, reconheça-se e deva-se reconhecer ter tido o Ministério Público passado uma feição um tanto diversa da que hoje tem, nada nos move, a nós, Ministério Público brasileiro, se não o propósito de assegurar concretamente a proteção aos bens que são tão sistematicamente ofendidos no nosso País e em busca de (...) proteção nós hoje nos encontramos.

Rogando aos senhores a sua piedade, sua compreensão pelos eventuais excessos, eu encerro, então.

Eu já cumprimentei todos, mas o faço novamente, porque faço em nome dos colegas, exatamente para que nem esse tempo lhes seja tomado, já que nosso tempo é muito curto.

Tenham uma ótima tarde. Espero que o trabalho seja bastante produtivo.

Muito obrigado, Excelência.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Muito obrigado, Dr. André Ubaldino.

Temos o Dr. Marcelo André de Azevedo pelo Ministério Público de Goiás, falando também em nome de outros ministérios públicos.

Boa tarde.

Marcelo André de Azevedo

- Ministério Público do Estado de Goiás

Boa tarde a todos e a todas.

Em homenagem àqueles que não conseguem me ver, sou um homem de 1,77m, tamanho GG, cabelos negros, 51 anos de idade, visto um terno cinza, camisa branca, gravata vermelha.

Eu saúdo esta Mesa na pessoa do eminente Ministro Rogério Schietti Cruz, senhoras e senhores, todos aqueles que me assistem. Em razão do tempo também, essa breve saudação fica aqui registrada.

Inicialmente, eu gostaria de ressaltar que é certo que os condenados têm todo o direito à individualização da pena. Isso foi praticamente trazido em todos os memoriais que tive oportunidade de ler, que foram juntados aos autos. Não se discute. Como é certo também que o Estado deve implementar políticas públicas para evitar o encarceramento em massa da nossa população. Sobre isso não há discussão, isso também não se discute. Mas é certo também que o Direito Penal e, conseqüentemente, as penas devem cumprir suas funções e finalidades, como também é certo que não se pode tornar ineficiente a proteção dos bens jurídicos tutelados, como já foi dito, e a proteção das vítimas e da nossa sociedade.

Parabéns, Ministro, pela audiência, por essa preocupação em debater um tema profundo. Eu espero também que essa discussão possa se potencializar, ganhar novos contornos e se realizar também em outra arena: no Poder Legislativo, porque a questão de fundo não é a pena mínima em si. Até porque estamos no Século XX e ainda discutindo problemas que são investigados há décadas, por exemplo, o efeito dissuasório da pena, as questões de teoria de racionalidade, se os infratores consideram racionalmente os riscos ou vantagem antes de cometer crime, entrando em discussão se a pena mais alta interfere ou não nessa balança, política de aumento de pena e encarceramento em massa, alternativas à prevenção de crimes. Então, eminentes Ministros, senhoras, senhores, sabemos que a questão é muito mais complexa que o simples cancelamento da Súmula n. 231, está muito além disso.

Passada esta introdução, eu gostaria de colocar em debate alguns outros pontos que foram levantados em outros memoriais. Um eu vejo que quase todos trataram: não há vedação para fixação da pena abaixo do mínimo legal. É interessante porque, realmente, na doutrina e já na jurisprudência, há algo consolidado na interpretação do art. 59, II, do art. 68, a pena deve ser fixada nos limites legais, agravante e atenuante devem ser fixadas dentro dos limites legais, mas poucos se deparam com o art. 67.

Eminentes Ministros, vejam bem, o art. 67, quando trata das circunstâncias agravantes e atenuantes, das circunstâncias preponderantes, traz a seguinte redação: "A pena deve se aproximar do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes". Friso a palavra "limite". Qual a interpretação que se deva ao art. 67, a não ser outra, que o juiz deve levar em consideração as agravantes e as atenuantes presentes no caso e aproximar-se o mais próximo possível ou do limite máximo ou do limite mínimo estabelecido pela legislação.

Não me venham dizer que a legislação não trata expressamente sobre isso, o art. 67 é claro, Ministro Antonio Saldanha. Então, esse argumento de que a legislação não fala sobre isso cai por terra. Agora, se querem interpretar questão de princípios e jogar por terra legislação, isso é outra história, mas que há no nosso Código Penal, no art. 67, esse limite, temos, sim, claramente no art. 67 do nosso Código Penal.

Prosseguindo.

Um argumento também interessante, que não consigo entender, é até onde vai nossa interpretação. Vejam bem o que se sustenta: a interpretação da súmula encontra-se embasada em redação original do parágrafo único do art. 48 do Código Penal há muito revogado pela reforma penal de 1984. Permitam-me ler o parágrafo único do art. 48 do Código, então revogado, de 1940:

“Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de 1/3 até metade [não estamos tratando de atenuante, estamos tratando de causa de diminuição de pena, ali se fala de causa de diminuição de pena], não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido.”

É aquela situação do concurso de pessoas e quem quis participar de crime menos grave, é causa de diminuição de pena, não é atenuante, embora estivesse escrito no título “Atenuação Especial”, foi um erro técnico do legislador ter colocado Atenuação Especial. Ali é causa de diminuição de pena. Então, não me venham com essa questão. Parece que estão querendo transformar institutos distintos para justificar, então, também vem por terra esse argumento.

Outro argumento. Recrudescimento penal, encarceramento em massa. Muito se falou das 900 mil pessoas presas no Brasil, que a súmula apostava no recrudescimento penal como antídoto da criminalidade. Vejam bem, problema estrutural é diferente de problema legal. Política pública vamos ter, sim, de efetivar, implementar, induzir. Está no papel do Ministério Público induzir essas políticas públicas.

A Súmula n. 231 não é a causa do problema, se fosse assim, tudo aquilo que contribuir para o encarceramento em massa deve ser flexibilizado. Então, a nossa própria atividade deve ser flexibilizada, vamos trabalhar menos, vamos deixar de julgar. Com tudo o que está contribuindo para o encarceramento, a nossa própria atividade no sistema judicial criminal, vamos flexibilizar para encarceramento. Se essa for a desculpa, como se fosse *conditio sine qua non*, tudo aquilo que contribui para o encarceramento será flexibilizado.

Vamos a outro que não consigo imaginar. Fatores de política criminal. Também foi acrescentado, foi dito, por exemplo, que não faz qualquer sentido adotar medidas de descarceramento, como transação, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal, e vedar a diminuição abaixo do mínimo. A questão é o seguinte: medidas de descarceramento existem mesmo e frequentemente são aplicadas, mas há crimes menos graves ou crimes de média gravidade, e o objetivo é outro. Quando surgiu a Lei n. 9.099, era para crime de menor potencial ofensivo. Quando surgiu, recentemente, o acordo de não persecução penal, é para crime de média gravidade. Era para dar um outro tipo de resposta, proporcional e efetiva, àqueles crimes.

A Súmula n. 231 aplica-se a qualquer tipo de crime, latrocínio, crimes hediondos, tráfico internacional, inclusive, estupro qualificado com resultado morte. São situações totalmente

distintas, são medidas distintas, não podemos colocar todas na mesma situação. Então, há que se ter um equilíbrio entre medidas de encarceramento e penas mínimas. Fica mais esse registro.

É bom trazer um exemplo prático. Vamos imaginar um roubo consumado. Se se aplicar 4 anos, pena mínima; pena intermediária pode chegar a dois, por exemplo, reduz 1/6, reparação de dano, mais 1/6, menor de 21 anos, a pena pode chegar a 2 anos. Reparação de dano, confissão e menor de 21 anos, chega a 2 anos. Não que eu esteja defendendo que seja maior ou menor, mas fico questionando, será que essa é a pena adequada para o roubo consumado? Um homicídio privilegiado com pena de 2 anos e 8 meses, aplicando algumas... É só para questionar. E também não estou defendendo pena máxima.

E digo mais, participei da Comissão de Reforma do Código Penal, em 2011. Ali tive oportunidade de propor aos colegas a revogação do art. 66 e a criação de uma causa de diminuição de pena inominada, em que poderia o juiz, em casos excepcionais, aplicar uma causa de diminuição inominada de 1/6. O que os colegas me disseram, inclusive, vários advogados? "Como assim, trazer esse poder para o Judiciário? Imagina as arbitrariedades que o juiz iria cometer; a seletividade do sistema penal seria muito maior; isso seria aplicado aos ricos, não os pobres; imagina o que seria considerado. Seriam consideradas situações anteriores de pobre, que são excluídos da sociedade? Vão considerar as dos ricos, nos crimes de falsidade, nos crimes de corrupção. Vai aumentar a seletividade do sistema penal". Isso que jogaram na minha cara, inclusive, os próprios advogados. Fica esse registro.

Prosseguindo.

Eu gostaria de registrar uma questão importante, a culpabilidade reduzida. Constou no parecer que menoridade relativa, velhice, desconhecimento da lei, coação moral resistível, trata-se de culpabilidade reduzida e tem de ser aplicada de qualquer jeito. Eu faço um contra-argumento, são critérios distintos de valoração trazidos pelo legislador. Trago um exemplo de culpabilidade reduzida: o erro de proibição evitável. Trouxe o legislador uma diminuição de 1/6, e não o fez assim com o desconhecimento da lei, pelo contrário, o desconhecimento da lei é inevitável. Se quisesse o legislador, poderia ter constado também redução de 1/6, mas assim não o fez, deixou apenas como circunstância atenuante para ter como parâmetro-limite o mínimo legal da pena. Feito também esse registro.

Ainda algumas questões relacionadas ao Poder Legislativo. O que ocorre quando o Judiciário observa os limites legais? Respeito e fortalecimento à separação de poderes,

preservação do equilíbrio entre os poderes, controle democrático sobre o sistema penal. Estamos num Estado Democrático de Direito. As pessoas estão sujeitas às leis e as decisões judiciais devem estar em conformidade com a legislação vigente. Isso é fundamental para a garantia da previsibilidade, segurança jurídica e igualdade perante a lei.

Para finalizar, há uma frase que é atribuída à Marcel Proust, embora eu já tenha lido *Em busca do tempo perdido*, não me lembro dessa frase, mas a ele é atribuída: “A verdadeira viagem de descobrimento não consiste em procurar novas paisagens, mas em ter novos olhos”. Sob essa perspectiva, não vamos procurar novas interpretações, novas teses, mas ter novos olhos ao que já existe na própria lei e reforçar a jurisprudência consolidada há décadas em nossos tribunais.

Muito obrigado pela paciência, eminentes Ministros.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Muito obrigado, Dr. Marcelo André de Azevedo.

Convido à tribuna o Dr. Abel Antunes de Mello, Procurador de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina.

Abel Antunes de Mello

- Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Em face do exíguo tempo, renovo os cumprimentos, especialmente na pessoa do Exmo. Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz, que proporcionou esta oportunidade de debate importante para o crescimento do nosso mundo jurídico, e estendo aos demais Ministros que participam desta audiência pública.

É com imensa honra que venho, na presença de V. Exas., juntamente com os demais

ministérios públicos estaduais, oferecer a contribuição do Ministério Público de Santa Catarina para essa importante discussão acerca da possível revisão da Súmula n. 231 deste egrégio Tribunal da Cidadania.

A viabilidade de superação de precedentes na doutrina do *stare decisis* é sempre bem-vinda. Essa expressão advém do latim, que significa: mantenha-se a decisão e não moleste o que foi decidido. Isso no dizer de Sabrina Nasser de Carvalho em decisões paradigmáticas e dever de fundamentação.

Esse conceito se traduz, do ponto de vista prático, de acordo com Frederick Schauer, na expectativa de que uma corte decida casos do mesmo modo que aqueles julgados anteriormente, mesmo quando um tribunal tem sua composição de membros alterada ou até mesmo caso os juízes mudem a sua convicção pessoal.

No entanto, ainda que essa superação seja possível, se os precedentes tivessem sua validade questionada a todo momento, a doutrina do *stare decisis* simplesmente deixaria de existir. A expectativa, na verdade, é que um precedente deixe de ser aplicado por uma razão contrária mais forte, por exemplo, quando partiu de uma premissa interpretativa equivocada, mostrou-se vaga, inapropriada às convenções sociais modernas ou pouco confiável à luz da jurisprudência posterior.

No que tange à questão em análise, a possibilidade de a pena ser fixada aquém do mínimo legal, temos atualmente três importantes precedentes: Súmula n. 231 e o Tema n. 190 deste egrégio Superior Tribunal de Justiça, e ainda o Tema n. 158 da Suprema Corte. Esses precedentes compartilham a impossibilidade de fixar a pena aquém do mínimo legal a partir de valoração de uma atenuante genérica. Não obstante, seja bem-vindo o espaço democrático de reflexão.

O Ministério Público entende que os fundamentos e o contexto social que pautaram a edição da Súmula n. 231 permanecem presentes. A observância dos limites mínimos e máximos da pena tem calcado nosso Código Penal desde sua criação. São limites pensados pelo Poder Legislativo como um dos mais adequados para garantir a função preventiva e repressiva da pena cominada para cada tipo penal, e, registre-se, assim o fez na condição de representante do povo, mas não apenas isso. Peço a atenção de V. Exas. porque esses limites conferem, sobretudo, a segurança e a previsibilidade necessárias para nosso sistema penal como um todo.

Como pontuou o eminente Ministro Rogerio Schietti Cruz, há situações concretas em que a pena mínima ainda parece ser excessiva, a relativização da teoria das margens não nos parece ser o melhor caminho. A importância desses limites não se verifica apenas no preceito secundário do tipo em si, mas também no amplo arcabouço legal criado pelo Congresso Nacional. A título de exemplo, temos diversos institutos despenalizadores que utilizam justamente as penas mínimas e máximas abstratamente cominadas, como a suspensão condicional do processo, a transação penal e o acordo de não persecução penal.

Excelências, a impossibilidade de fixação da pena fora dos limites legais nas etapas iniciais da dosimetria parametrizou a construção de sólida jurisprudência das Cortes Superiores, diminuindo arbitrariedade estatal e a discricionariedade desarrazoada por parte dos julgadores ao longo dos anos.

Abrir ou rever a Súmula n. 231 parece ir na direção oposta, adotando um sistema de ampla indeterminação com a ruptura de sólida base jurisprudencial tecida pelo STJ, este egrégio Tribunal, ao longo de seus quase 35 anos de existência. Sua razão de ser, frisa-se, persiste em não permitir o excesso ou condescendências excessivas, observando-se mínimo e máximo fixado pela via da lei formal em atendimento ao princípio da reserva legal.

Vejam, Excelências, as causas de diminuição e de aumento de pena caracterizam-se por possuírem patamares pré-determinados. Já as atenuantes e agravantes não são tarifadas pela lei, permitindo um sistema de ampla indeterminação. O atual entendimento resguarda que a reprimenda não seja fixada abaixo do mínimo legal e que a máxima não ultrapassará, de igual modo, aquele estabelecido em lei. Caso adotado um sistema de ampla indeterminação – peço vênias para citar o ex-Ministro Felix Fischer –, “teríamos que aceitar também a hipótese de que as agravantes, que sempre agravam a pena, pudessem levar a pena acima do limite máximo, o que o outro lado da ampla indeterminação”. É, portanto, uma garantia do acusado, da acusação e de toda a sociedade.

Sabemos que, atualmente, o número de habeas corpus concedidos pelo STJ para barrar supostas ilegalidades na dosimetria penal tem se proliferado. A adoção do sistema de ampla indeterminação, entretanto, traria ainda mais insegurança, impulsionando a demanda já impactada.

Por fim, a questão jurídica em apreço teve a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, alçada, portanto, à categoria de matéria constitucional em precedente vinculante. O leading case de tal discussão, como sabemos, se deu justamente

em recurso extraordinário interposto contra acórdão do STJ que aplicou a Súmula n. 231. A nossa Suprema Corte já analisou a questão à luz dos princípios constitucionais da reserva legal, da proporcionalidade e da individualização da pena.

Na ocasião, assentou o então Ministro Eros Grau: “Não se pode substituir a legalidade em matéria penal por uma discricionariedade atribuída ao juiz.” Ao final dos debates, por unanimidade, fixou-se a tese de que: “A circunstância atenuante genérica não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal”. Esse é o texto do Tema n. 158 do STF. Aliás, tal orientação vem sendo reafirmada em acórdãos contemporâneos, sem maiores indicativos de modificação do entendimento.

Assim, além de não se verificar mudança no contexto social e nos fundamentos jurídicos que justificaram a elaboração da Súmula n. 231 da Corte da Cidadania, conforme exposto, deve-se ter em mente ainda que se encontra em plena vigência a tese de repercussão geral fixada pelo Supremo Tribunal Federal. Como se sabe, é notório o alto grau de eficácia vinculante das teses de repercussão geral, cuja inobservância, nos termos do art. 988, § 5º, do CPC, ensejaria inclusive reclamação perante a Suprema Corte para que o precedente seja observado.

Logo, com todas as vênias, na medida em que a argumentação jurídica tecida e lançada para rever a Súmula n. 231 encontra amparo em fundamentos constitucionais, como se depreende das razões dos recursos especiais agora afetados, imprescindível observar e registrar que a questão já foi exaustivamente analisada pela Corte constitucional.

Excelências, em virtude do exposto, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, ladeado pelos demais ministérios públicos estaduais, reputa como adequada, sob a ótica dos princípios da individualização da pena e da reserva legal, a manutenção da Súmula n. 231 do STJ na sua redação original.

Muito obrigado.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dr. Abel Antunes de Mello.

Com isso, encerramos as intervenções dos ministérios públicos estaduais, representados pelos eminentes procuradores que tiveram a fala em sequência.

Passaremos às defensorias públicas, iniciando pela Defensoria Pública da União.

Convido o Dr. Jair Soares Júnior, Subdefensor Público-Geral Federal, para ocupar a tribuna.

Jair Soares Júnior

- Defensoria Pública da União

Exmo. Ministro Rogério Schietti Cruz, Srs. Ministros, é com satisfação que abro as falas da Defensoria Pública, cumprimentando os membros do Ministério Público presentes, cumprimentando os colegas, as colegas defensoras e defensores públicos.

Em primeiro lugar, eu não poderia deixar de prestar minha homenagem a V. Exa., Dr. Rogério Schietti Cruz, que, mais uma vez, demonstra que este Tribunal é o Tribunal da Cidadania. Essa audiência pública é mais um marco em direção à consolidação do Tribunal da Cidadania, que é o STJ.

Com as devidas vênias às falas dos oradores que me precederam, acredito que há um equívoco, sim, porque é necessário fazer um recorte temporal da edição da Súmula n. 231 e da sua necessidade ou não de superação neste momento.

Como mencionado pelos oradores que me precederam, a edição da súmula se deu ainda na vigência do Código Penal de 1940. E essa vigência do Código Penal de 1940 é clara,

no sentido de adotar o critério bifásico de aplicação da pena. Esse critério foi revogado pela Lei n. 7.209, e vige agora o critério trifásico de aplicação da pena. O que isso influencia na prática? A influência é, sim, com relação aos marcos das circunstâncias judiciais necessários para a fixação da pena.

Tomo a liberdade de fazer a leitura do art. 48, parágrafo único, do Código Penal de 1940, que é claro ao dizer que “se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de 1/3 até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”. Isso se faz referência ao art. 48, às atenuantes. Por quê? Porque as atenuantes, naquele período, eram a segunda fase de aplicação da pena no critério bifásico.

O art. 68, ao contrário, não prevê nenhuma vedação à redução aquém do mínimo, ou seja, separou circunstâncias judiciais, que são aquelas do art. 59, das atenuantes e agravantes da pena. Isso torna bem claro o entendimento de que hoje não há nenhuma limitação para redução das penas aquém do mínimo nas atenuantes, no caso da confissão espontânea. Isso se deu em razão de um silêncio eloquente do legislador. O legislador não quis repetir o mesmo modelo de 1940 e, por isso, silenciou, revogou, não replicou o parágrafo único, do art. 48, do antigo Código Penal de 1940.

Isso também fica claro pela redação da Súmula n. 545, que é totalmente incompatível com a redação da Súmula n. 231. Afinal de contas, se a circunstâncias sempre atenuam a pena, o sempre não é talvez, não é de vez em quando, é sempre. E a Súmula n. 545 é clara ao um expor que, se a confissão espontânea serve de fundamentação para a condenação pelo magistrado, essa confissão deve ser levada em consideração para a diminuição da pena.

Portanto, essa iniciativa de análise e de possível superação da Súmula n. 231 é adequada com a atual jurisprudência, lembrando que a jurisprudência que deu origem à Súmula n. 231 é toda da década de 1970, ou seja, na vigência ainda do Código Penal anterior à reforma de 84. Isso é um marco, como eu disse, um recorte temporal da data em que foi editada a súmula e da sua necessidade ou não de superação.

Da mesma forma, os entendimentos do Supremo Tribunal Federal, que reafirmam o mesmo entendimento do verbete dessa súmula, são todos pretéritos à reforma de 84. É quase como uma reprodução automática da jurisprudência, embasada num código, ou num artigo do código, que não está mais vigente.

Feitas essas considerações, mais uma vez agradeço a oportunidade de, representando

a Defensoria Pública da União, participar deste processo democrático de análise sobre a possível modernização da jurisprudência desta Corte.

Muito obrigado.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dr. Jair Soares Júnior.

Convido a Defensora Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, Dra. Zeliana Luzia Delarissa Sabala, membra do GAETS.

Zeliana Luzia Delarissa Sabala

- Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul

Boa tarde, Ministro Rogério Schietti Cruz, na pessoa de quem cumprimento todas as autoridades presentes. Tomo a liberdade de cumprimentar a Dra. Helena Zani Morgado, na pessoa de quem cumprimento todas as mulheres presentes, mulheres que abraçaram a carreira jurídica num ambiente tão hostil para a mulher.

Ministro Rogério Schietti Cruz, quero parabenizar V. Exa. pela iniciativa de realizar esta audiência pública que, sem dúvida nenhuma, será um divisor de águas nesse tema.

A mim me coube trazer algumas considerações acerca do momento da edição da Súmula n. 231. O Código Penal vigente foi instituído sob a influência da conjuntura política internacional que, naquela época, vivenciava a Segunda Guerra Mundial e sob a influência da conjuntura política nacional quando vigia o Estado Novo da era de Getúlio Vargas. A legislação penal assim permaneceu até 1984, quando adveio a reforma da Parte Geral como

resultado dos ventos da democracia que, àquela época, começava a soprar na tentativa de reduzir os impactos autoritários até então vigentes.

Trazendo esse aspecto histórico para a realidade da presente audiência pública, é possível dizer que o ranço do autoritarismo do Código Rocco permeou a discussão acerca do caminho dosimétrico para a fixação da pena e se manteve presente na disputa entre a adoção do sistema bifásico e trifásico.

É de se registrar que as circunstâncias judiciais, as circunstâncias legais e as causas de aumento/redução da pena sempre estiveram presentes em nossa legislação para orientar a fundamentação da sentença penal. As atenuantes, tanto na legislação revogada no art. 48 como na legislação vigente no art. 65, são introduzidas no código com a seguinte expressão: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena”, mas, ao contrário do que acontece atualmente, como brilhantemente falou meu colega da DPU, na legislação revogada havia limitação imposta pelo parágrafo único do art. 48, que estabelecia:

“Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de 1/3 até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido.”

Aí existia uma limitação legal, limitação essa que não existe na legislação atual do Código Penal. Aí reside o imbróglio que se pretende dissipar com a revogação da Súmula n. 231, pois esse impedimento, como eu disse, não existe na legislação atual.

Para formação da súmula, foram utilizados precedentes em que a questão relativa à redução da pena era apenas reflexa, pois, no REsp n. 7.287/PR e REsp n. 15.691/PR, o julgador de piso havia invertido a questão da dosimetria da pena. Ele aplicou uma circunstância atenuante em momento posterior à aplicação de uma causa de diminuição de pena.

No REsp n. 49.500/SP e REsp n. 46.182/DF, foi atribuído ao art. 68 uma exegese que não lhe é própria, pois esse artigo de lei veicula um sistema a ser seguido e não impõe limites. Não é no art. 68 que existe qualquer limitação para fixação da pena aquém do mínimo legal na segunda fase dosimétrica, porque estamos falando no sistema trifásico. O REsp n. 32.344 trazia a discussão acerca da possibilidade de se reconhecer a semi-imputabilidade decorrente da dependência química à pessoa condenada pelo tráfico, ou seja, nem sequer guardava relação com o tema em debate.

Por fim, o recurso especial que enfrentou a questão, REsp n. 146.056/RS, citado

inclusive pelo Ministério Público, de relatoria do Ministro Felix Fischer, menciona: “Um sistema de ampla indeterminação permitiria, além da eventual aplicação de pena zero, também a elevação da pena para além do máximo.” Ele argumenta que o art. 67 estabelece a pena no limite indicado e sugere a interpretação teleológica do art. 68, para alcançar a máxima de que as circunstâncias atenuantes sempre atenuam a pena, desde que ela esteja no mínimo. Isso não está em artigo de lei nenhum do nosso sistema jurídico penal.

Toda a argumentação acima mencionada é facilmente rebatida, seja porque o art. 68 estabelece um método e não limites para o caminho dosimétrico, seja porque o art. 67 estabelece critérios para resolução de concurso entre agravantes e atenuantes e não um limite para fixação da pena na segunda fase, seja ainda, e principalmente, porque inexistente o impeditivo que vigeu até a modificação da Parte Geral do Código Penal de 1984, mas tais contrapontos serão melhor explorados pelos próximos colegas.

Já encaminhando para o final, quero encerrar minha fala citando Rogério Greco, que, parafraseando Luigi Ferrajoli, registrou o seguinte:

“A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infame para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas, porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente e organizada por muitos contra um.”

Essas eram as considerações que, em nome da Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul e enquanto membra integrante do GAETS, eu tinha a trazer à reflexão de V. Exas.

Mais uma vez, Ministro Rogerio Schietti Cruz, agradeço a oportunidade de me fazer presente neste momento.

Muito obrigada.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dra. Zeliana Delarissa Sabala.

Convido a Dra. Naiara Antunes Dela-Bianca, Defensora Pública do Estado da Paraíba.

Naiara Antunes Dela-Bianca

- Defensoria Pública do Estado da Paraíba

Boa tarde a todos e a todas presentes.

Eu gostaria de cumprimentar todas as autoridades em nome do Ministro Rogério Schietti Cruz, assim como os demais colegas.

Dado o exíguo tempo, já passarei à minha exposição.

Dando continuidade aos julgados que trazem as questões do momento histórico da edição da Súmula n. 231, como dito anteriormente por minha colega, apenas o REsp n. 146.056/RS se debruça especificamente acerca da questão e aceita que a limitação legal se daria em virtude das expressões “dos limites previstos”, inserida no inciso II do art. 59 do Código Penal, e “do limite indicado”, contida no art. 67 do mesmo diploma.

Naquele julgamento também foi suscitada a possibilidade de a redução conduzir à pena zero, bem assim o comando “sempre atenuam” não poderia ser levado a extremos, operando a substituição da clara expressão eleita pelo legislador por “sempre atenuam”, desde que a pena-base não esteja no mínimo.

De tal contexto, vemos que a indigitada interpretação teleológica é manifestamente contra legem e in malam partem, sem arrimo no sistema penal e constitucional em vigor, distanciando-se especialmente dos postulados da individualização da pena, da isonomia e da legalidade.

Quanto ao argumento da suposta exacerbada diminuição, é de se atentar ao fato de que as causas de diminuição são aplicáveis ainda que aquém do mínimo, razão pela qual não haveria fundamento para a manutenção de algum discrimen. Ademais, a lei não estabeleceu o quantum dessa diminuição para que se chegue à conclusão automática de extinção da pena já no momento da sua aplicação. Essa problemática, então, deve ser equacionada pelo aplicador da lei, o qual, agindo com bom senso, certamente velará pela aplicação proporcional da reprimenda em cada caso concreto.

Outro ponto a ser considerado reside no enunciado em questão não ter contemplado a impossibilidade do aumento além do máximo, em se tratando de agravante genérica, o que denota uma preocupação exclusiva com previsões em prejuízo do réu, conquanto o sistema penal tenha sido edificado em uma base limitadora do poder estatal em face do acusado.

Quanto ao alcance da norma, o caput do art. 65 do Código Penal é de redação clara e cogente. O magistrado, por seu turno, como se sabe, está vinculado ao texto legal, ao que não encontra legitimidade como legislador positivo para, em atividade hermenêutica, criar uma norma inexistente, ampliando a expressa dicção legal para abarcar os casos em que a pena seja aplicada tão somente acima do mínimo legal. Esse procedimento culmina por desestimular condutas positivas, como a confissão e a reparação do dano, parâmetros esses, inclusive hoje em dia, utilizados para evitar a deflagração das ações penais, como nos acordos de não persecução penal.

Ante essas breves considerações, urge-se propor, de fato, o cancelamento da redação do enunciado 231 da Súmula deste egrégio Superior Tribunal de Justiça, notadamente sob o enfoque dos institutos voltados para uma criminalidade mais complexa, como a colaboração premiada e os acordos de não persecução penal, tal como apontado por S. Exa. o Ministro Rogerio Schietti Cruz ao propor a reflexão acerca da temática, sem olvidar dos já consagrados princípios da isonomia, da individualização da pena e da legalidade.

Muito obrigada por franquear a participação da Defensoria Pública da Paraíba neste momento tão importante.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dra. Naiara Antunes Dela-Bianca.

Convido, representando a Defensoria Pública do Estado de Sergipe, o Dr. Saulo Lamartine Macedo.

Saulo Lamartine Macedo

- Defensoria Pública do Estado de Sergipe

Boa tarde a todos.

Inicialmente eu queria cumprimentar a Mesa na pessoa do Ministro Rogério Schietti.

Eu inicio minha apresentação, minha breve discussão, parafraseando Voltaire, para quem a mais bela atividade da Justiça é a sua administração. Nessa perspectiva, não há atividade judicante justa, porque esse é o objetivo buscado, sem adequação da mudança legislativa aos entendimentos jurisprudenciais fixados. Não se admite sectarismo jurídico. O ator jurídico que não adequa a jurisprudência às mudanças legislativas não cumpre seu mister constitucional. Fixada essa premissa, não há dúvidas de que a Súmula n. 231 encontra-se superada.

Explico.

Desde 2006, o legislador infraconstitucional passa a não mais se adequar com o sentimento de vedação de fixação da pena aquém do mínimo, pelo contrário, sua vontade se encontrou devidamente manifestada na Lei n. 11.343, art. 41, com o instituto da delação premiada, em que passou a prever que a confissão, circunstância atenuante, tem a função de vetor de uma minorante, em que seria dever de redução de 1/3 a 2/3. Não se trata de atividade discricionária de magistrado, mas, sim, vinculada quando presente seus requisitos legais.

Posteriormente, essa insatisfação e essa mudança legislativa foi reafirmada em 2013, com a previsão da colaboração premiada, em que a confissão, circunstância atenuante, passa a ter a função de três vetores: vetor de não persecução penal, vetor de minorante e vetor de causa extintiva de punibilidade. Afinal, se a atenuante podia ser, e pode, causa de não persecução penal, não há dúvidas que está superado o Enunciado n. 231 do STJ, que veda a fixação aquém do mínimo. E isso foi reafirmado pelo legislador infraconstitucional, em 2019, com o acordo de não persecução penal, em que a circunstância atenuante é pressuposto de não persecução penal, ou seja, se uma circunstância atenuante é pressuposto de persecução penal, com igual razão ela pode fixar a pena aquém do mínimo. Não há razão jurídica que autorize o sectarismo jurídico de permanência do entendimento sumular 231.

Um julgamento justo tem de ser um julgamento que atenda à individualização da pena, e o legislador infraconstitucional demonstrou isto, que a atenuante tem de ter repercussão na pena.

Finalizo parafraseando o saudoso Romeiro Neto: “Se há de punir, que puna de forma humanitária. Não há julgamento humanitário sem que circunstâncias relevantes não repercutam na pena.”

São essas as considerações da Defensoria Pública de Sergipe.

Muito obrigado.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dr. Saulo Lamartine Macedo.

Pela Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios, chamo a Dra. Mayara Lima Tachy.

Mayara Lima Tachy

- Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios

Boa tarde a todos.

Cumprimento a todos os Ministros na pessoa do Relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz. A mim ficou atribuída a função de falar sobre a confissão enquanto vetor de relevância na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A par de não termos hoje uma previsão legal que não autorize a redução da pena para alguém do mínimo legal, há que se verificar que a manutenção do enunciado 231 da Súmula do STJ não acompanha nem a evolução legal, como trouxe meu colega Dr. Saulo Lamartine Macedo, nem a evolução jurisprudencial desta Corte, que tem dado relevância extraordinária à confissão justamente por considerar, como já considera desde 2012, que é uma circunstância preponderante, já que diz da personalidade do acusado. Essa circunstância tem sido utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça para sempre atenuar a pena, independentemente da compensação, independentemente e eventualmente até de uma qualificadora. A confissão espontânea diz da personalidade e deve sempre atenuar a pena.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, há já a previsão, inclusive, dessa atenuante incidir em hipóteses em que vá ser compensada com uma qualificadora ou até mesmo com a reincidência específica.

Então, a relevância que tem sido atribuída a essa confissão, que é apenas uma das atenuantes preponderantes que vêm previstas no nosso Código Penal, tem sido trazida inclusive na jurisprudência quando há o deslocamento de uma qualificadora para a segunda fase da dosimetria da pena. Ademais de ser uma qualificadora, a jurisprudência de 2022 do STJ compreendeu que se deve ainda assim atenuar a pena.

Além disso, Excelências, o Enunciado n. 545 do STJ sofreu recente evolução. Ele trazia a previsão de que teríamos sempre a incidência da confissão espontânea quando ela fosse reconhecida pelo magistrado como fundamento para o julgamento. Mas, recentemente, em 2022, no REsp n. 1.972.098/SC, compreendemos que ela nem precisa ser valorada pelo julgador, porque há um direito subjetivo do acusado quando opta por confessar e colaborar com a construção daquela hipótese acusatória de que ele terá um reconhecimento, pelo princípio da confiança, pelo princípio da lealdade e pelo princípio da boa-fé, de que, ao final,

sua pena será efetivamente atenuada. Outros colegas falarão pela individualização da pena.

Se eu não reconheço, deixo de exercer um dever legal. Quando se fala que há uma redução que vai trazer uma discricionariedade ao magistrado no momento da redução, na verdade, discricionariedade seria deixar de aplicar o que efetivamente está previsto pela lei, seria tratar de forma desigual pessoas que contaram com a benesse do Estado, porque foram orientadas de que a confissão traria um elemento que seria abonador para ela no momento da efetivação da pena, contaram com a lealdade, contribuíram para a formação do convencimento do julgador, ainda que ele não tenha se valido dessa confissão, porque aí deixaríamos, sim, ao alvedrio desse julgador escolher quando quer ou não aplicar a atenuante. Permitiram, então, que ele tivesse isso reconhecido como um direito subjetivo.

Parece-nos, então, pela Defensoria Pública, que a confissão tem sido considerada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pelos novos ventos da legislação, como um fator importante para que possamos efetivamente valorar qual vai ser o resultado final daquele processo para aquele acusado que opta por confessar.

Outras circunstâncias preponderantes também são consideradas, como a menoridade relativa. A menoridade relativa é, na verdade, um parâmetro que tem sido considerado pelo Judiciário para compreender que, na verdade, há uma transição na culpabilidade, há uma culpabilidade reduzida para essa pessoa que ainda não alcançou os 21 anos. Quando deixamos de aplicar algo que o legislador disse “devemos sempre reduzir a pena” e indo na contramão da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que tem considerado essa atenuante cada vez mais importante, inclusive entendendo que ela deve ser utilizada para atenuar a pena, ainda que seja feita de forma qualificada, extrajudicial e ainda retratada, até mesmo parcial, mas ainda que seja retratada, ainda que o acusado em juízo retrate aquela confissão, negue os fatos, a jurisprudência do STJ tem considerado que a confissão, ainda assim, atenuará a pena.

É nesse contexto que negar vigência a esse dispositivo legal seria não só se pautar em uma ausência de previsão legal para negar-lhe vigência, como também ir na contramão dos avanços da legislação e da jurisprudência desta mesma Corte.

Agradeço muito o tempo conferido à Defensoria Pública do Distrito Federal.

Boa tarde.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dra. Mayara.

Chamo, agora, o Dr. Hélio Soares Júnior, Defensor Público, membro do GAETS, representando a Defensoria Pública do Estado da Bahia.

Hélio Soares Júnior

- Defensoria Pública do Estado da Bahia

Boa tarde a todos. Meus cumprimentos aos presentes, em especial ao ilustre Ministro Schietti, a quem agradeço por esta audiência pública para discutir esse tema tão importante.

De logo, vou tratar da parte do tema do princípio da legalidade e sua relação com a Súmula n. 231 do STJ.

Deve-se destacar que não há no Código Penal ou até mesmo na Constituição da República nenhum dispositivo que vede o estabelecimento da pena em patamar abaixo do mínimo legal.

A meu ver, a Súmula n. 231 criou uma vedação em prejuízo do acusado sem qualquer amparo na lei, o que conduziu a uma verdadeira deturpação do princípio da legalidade. Na edição dessa súmula, esqueceu-se de que o princípio da legalidade é uma garantia do indivíduo perante o poder estatal. Esqueceu-se ainda que ele serve com uma baliza de segurança jurídica para evitar que o cidadão seja acusado ou responsabilizado por fatos e de forma não expressamente autorizada em lei.

Toda construção do princípio da legalidade objetiva estabelecer vedações ao poder punitivo do Estado, impedindo que o arbítrio prevaleça ao arrepio das autorizações de punir expressamente previstas na legislação. O princípio da legalidade não deveria ser interpretado como óbice à aplicação de benefícios aos acusados.

Entendo, assim, que a Súmula n. 231 se baseou numa concepção equivocada de tal princípio, já que foi pensada com a ideia de que a redução da pena-base aquém do mínimo seria inviável pela ausência da suposta autorização expressa e pela não previsão de uma quantidade específica do patamar de diminuição na lei. Em outros termos, a súmula foi criada interpretando o princípio da legalidade de forma totalmente contrária ao acusado.

O certo é que essa súmula, esse enunciado, viola flagrantemente o princípio da legalidade, pois o art. 65 do Código Penal expressamente dispõe que as atenuantes sempre, sempre, sempre e sempre atenuam a pena, deixando de fixar qualquer exceção a essa incidência. Exatamente por isso verifica-se que houve uma expressa autorização para que as atenuantes possam diminuir a pena abaixo do mínimo legal.

Todos nós sabemos que não existem palavras irrelevantes no texto normativo, razão pela qual, tendo o legislador aceitado que determinadas circunstâncias sempre atenuam a pena, a sua inobservância causa clara e flagrante violação normativa em prejuízo do réu. Isso é uma violação, é um desrespeito ao próprio Poder Legislativo. Não tem essa de violação da separação de poderes. Na verdade, o que o MP defendeu foi um desrespeito ao Poder Legislativo.

Não é razoável se compreender a expressão “sempre” como um mero acaso. Ela deve ser encarada, na verdade, como um real desejo do legislador. Se o Código Penal usou o advérbio “sempre” é porque queria deixar claro que, em toda e qualquer hipótese, ele deve ser aplicado no caso de atenuante. Caso contrário, teria utilizado a expressão “sempre que possível”.

Assim, a não aplicação do que foi fixado pelo legislador no Código Penal expressamente significa negar vigência à lei federal, a qual é expressa ao usar o advérbio “sempre”.

O art. 65 do Código Penal traz uma norma cogente que, no Direito Penal, se materializa em uma norma de ordem pública que não pode ser desprezada em uma interpretação equivocada.

Deve-se destacar ainda que o art. 53 não pode ser visto como um óbice à fixação da pena abaixo do mínimo legal em razão da posição topográfica do art.65 do Código Penal, ou seja, as atenuantes são valoradas antes das causas de aumento e diminuição, assim, após o exame das agravantes e atenuantes, vai ocorrer a análise da causa de aumento ou diminuição que pode majorar ou reduzir a pena-base. Então, esse argumento da posição topográfica do

art. 65 torna o art. 53 inócuo quanto a essa interpretação.

Outro ponto que merece destaque, rebatendo o que foi dito pelo representante do Ministério Público, é que a diminuição aquém do mínimo legal em razão da aplicação de atenuantes não significa admitir que, com a incidência de agravantes, a pena irá acima do máximo. Isso porque, valendo-se do princípio da legalidade e utilizando-se os critérios hermenêuticos decorrentes desse princípio, que são bastante claros no sentido da exclusiva admissibilidade da interpretação no caso aqui discutido em benefício do réu, o princípio da legalidade jamais pode servir de empecilho para que o juiz chegue a uma pena justa.

Ademais, a afronta à legalidade reside justamente no fato de o STJ ter criado, por meio de súmula, uma regra desfavorável ao réu com base em interpretações aleatórias do texto penal sem se atentar para as regras que afirmei acima, em especial ao art. 65 do Código Penal.

Esqueceu-se, à época da edição da súmula, que, em matéria penal, prevalece o princípio da legalidade estrita, o que se aplica a todos os preceitos dessa natureza, não sendo lógico tentar buscar nele a justificção para a adoção de uma postura diretamente contrária àquela preconizada constitucionalmente em prejuízo do indivíduo.

Finalizando, concluo que a Súmula n. 231 desconsidera totalmente o princípio da legalidade na parte que proíbe que o juiz concretize uma punição além da legalmente prevista, a fim de permitir que a pessoa atingida pelo Direito Penal não seja surpreendida com constrangimentos imprevisíveis.

Diante disso, com a devida vênia a quem pense ao contrário, a Defensoria Pública do Estado da Bahia, e também como membro do GAETS, manifesta-se no entendimento de que o preceito sumulado pelo STJ no Enunciado n. 231 macula previsão legal, incorrendo em patente inconstitucionalidade por ferir o princípio da legalidade, motivo pelo qual defendemos o cancelamento da súmula.

Muito obrigado e boa tarde.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Muito obrigado, Dr. Hélio Soares.

Teremos agora a primeira participação por videoconferência, a do Dr. Thiago Yukio Guenka Campos, Defensor Público e membro do GAETS, representando a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina.

Dr. Thiago, V. Exa. tem a palavra.

Thiago Yukio Guenka Campos

- Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

Boa tarde, Ministro Rogério Schietti, em nome de quem eu cumprimento todos os demais presentes. A Defensoria Pública de Santa Catarina vem especificamente sustentar a incompatibilidade da súmula com a individualização da pena.

Mas eu gostaria de iniciar a minha intervenção com uma reflexão: por que, afinal de contas, a Súmula n. 231 do STJ, após duas décadas de sua edição, é sem dúvida a súmula mais criticada pela literatura especializada pela dogmática da aplicação da pena (Salo de Carvalho, Tatiana Stoco, professor Cezar Bitencourt, Juarez Cirino e tantos outros)? Por que ela é uma das mais discutidas judicialmente? Em uma consulta breve, no site do STJ, antes dessa intervenção, pela Súmula n. 231, constatei 1.400 acórdãos e 15.000 decisões monocráticas só tratando do tema.

Por que, afinal de contas, essa súmula continua sendo explicitamente afastada por juízes e juízas de todo o Brasil nos casos concretos, inclusive, às vezes, com anuência do Ministério Público, que não recorre? Por que há uma rebeldia persistente na comunidade jurídica contra essa súmula depois de vinte anos da sua implementação?

A minha intervenção vai se basear nisso. Vou apresentar no mínimo três razões para essa hipótese.

A primeira é que, desde o início de sua edição, a súmula foi erigida com fundamentos pouco convincentes, que não conformaram a comunidade jurídica. O principal argumento, que já foi explorado muito bem por meus colegas, é violação da legalidade, porque ela não está fundada em nenhum dispositivo imediato de lei, ela não está fundamentada imediatamente na lei. São interpretações, como vimos, da intervenção do Ministério Público.

Mas, além disso, ela tem uma violação clara da individualização da pena. A individualização da pena, no conceito do STF, é um caminhar rumo à personalização da resposta punitiva do Estado. A Súmula n. 231 vai justamente na contramão dessa personalização da pena quando ela coloca um obstáculo em uma segunda etapa, que não tem previsão na lei, mantendo uma padronização desnecessária e desprezando expressamente circunstâncias valoradas pelo legislador que mereceriam menor censura penal. Eu não vou explorar muito esse argumento.

Além disso, a segunda razão é que ela enseja penas concretas, pode ensejar penas concretas absolutamente injustas, impelindo os juízes e as juízas a afastar a sua aplicação. Isso será melhor explorado por meus colegas do Rio de Janeiro e do Paraná.

Eu gostaria de mencionar o trabalho acadêmico de Luisa Ferreira, que foi citado nos memoriais GAETS. Ele trabalha casos de roubo – que é um caso muito emblemático para as defensorias, muitos casos de roubo – e casos totalmente desiguais que são tratados com uma pena igual. E decorre do princípio da individualização da pena o princípio da proporcionalidade relativa, segundo Von Hirsch, ou isonomia na aplicação da pena, que é basicamente penas iguais para crimes iguais, penas desiguais para crimes desiguais.

Portanto, isso será explorado melhor por outros colegas, mas essa injustiça nas penas concretas também é algo que faz com que essa súmula seja tão contestada.

Terceiro, vou explorar as modificações, as transformações no Direito, que, desde a súmula de 1999, reforçaram a sua obsolescência ou sua superação. Algumas já foram exploradas pelo meu colega Saulo, que foram as modificações legais, especialmente Pacote Anticrime, etc.

Quero trabalhar as modificações no âmbito da jurisprudência. É claro que a

individualização da pena já está prevista desde 1946, na Constituição de 1946. Já era uma garantia constitucional. Mas por que, então, ela teria uma mudança de interpretação? O que faria com que agora pudéssemos invocá-la para superar a Súmula n. 231?

Primeiro, porque é inegável que essa garantia recebeu uma densificação normativa nos últimos anos, nos idos de 2000, adiante, pelos tribunais superiores. Basta lembrar que o Supremo Tribunal Federal e este Superior Tribunal de Justiça passaram a entender que a individualização da pena também é um limite ao legislador. É um limite ao legislador quando declarou inconstitucional o regime integralmente fechado, quando declarou inconstitucional o regime inicialmente fechado nos crimes hediondos, quando declarou inconstitucional a proibição de substituição da pena, quando declarou inconstitucional a pena mínima nos crimes de importação de medicamento sem registro, como eu falei, que também decorrem dessa garantia.

Por último, uma outra transformação importante foi que o próprio Supremo Tribunal Federal tem admitido a aplicação do regime aberto e da substituição da pena para os casos em que o réu multirreincidente comete um furto insignificante. Ora, por coerência, se se pode aplicar um regime mais brando, aberto, contrariamente à lei, e substituição da pena, por que não se pode diminuir a reprimenda? Então, basicamente esses são os fundamentos.

Para finalizar, o compromisso constitucional do juiz ou da juíza não é com a pena mínima, e sim com a pena justa, com a pena concreta.

Eram essas as razões.

Muito obrigado, Excelência.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dr. Thiago.

Dr. Luiz Henrique Silva Almeida, pela Defensoria Pública do Estado de Goiás.

Luiz Henrique Silva Almeida *- Defensoria Pública do Estado de Goiás*

Exmo. Ministro Rogerio Schietti, eu gostaria de cumprimentar a todos e peço licença a V. Exa. para cumprimentar todos e todas presentes na pessoa do Ministro Sebastião Reis Júnior, com quem já tive o prazer de trabalhar. Para mim, é um prazer, uma honra, retornar a este Tribunal da Cidadania, local onde fui analista judiciário por três anos. Trabalhei com o Ministro Og Fernandes por um breve período; depois, por mais tempo, com o próprio Ministro Sebastião Reis.

Antes disso, fui servidor do TJDF, onde trabalhei com o saudoso Desembargador George Lopes Leite, contemporâneo do Ministro Jesuíno Rissato. Tive oportunidade de ver pareceres de V. Exa., Ministro Rogerio Schietti, ainda como Procurador de Justiça do Ministério Público do DF. Excelentes profissionais. Faço menção a tudo isso para poder trazer uma percepção que tive ao sair desses locais e me tornar defensor público.

O volume de trabalho que os tribunais de justiça têm, o TJDF, os tribunais por todo o País, os tribunais superiores, é imenso e sabemos que, muitas vezes, não nos debruçamos da forma adequada em relação a algumas questões. Muitas vezes, não temos tempo suficiente para refletir de forma adequada sobre determinados assuntos. Confesso que, durante o tempo em que estive nesses tribunais, não me lembro de ter refletido, de forma mais aprofundada, sobre os recursos que eu analisava relacionados à aplicação da Súmula n. 231. Era simplesmente uma aplicação daquela jurisprudência, em tese, já consolidada.

Hoje, estando na Defensoria Pública, atuando como defensor público, vejo um outro lado da súmula, o lado da injustiça, que foi brevemente mencionado pelo meu colega Thiago Yukio.

Esse entendimento sumular, na prática, acaba proporcionando que algumas situações desiguais sejam tratadas da mesma forma. Podemos pensar, Ministro Jesuíno, nas situações muito comuns da prática em que um réu é confesso, ou tem a menoridade relativa a ser reconhecida, juntamente em concurso de agentes com o outro que não é menor de 21 anos, não é confesso, tendo as mesmas circunstâncias judiciais, e a eles é aplicada a mesma pena, justamente porque a súmula impediria essa situação.

O mesmo eu posso dizer na situação em que, num concurso de agentes, um deles é reincidente, mas é confesso; o outro não é reincidente e é confesso, mas as circunstâncias judiciais, tendo em vista o entendimento desta própria Casa de que haveria uma compensação entre a reincidência e a confissão, faz com que as penas também sejam as mesmas. Esses são casos muito comuns na nossa rotina, especialmente na Defensoria Pública.

Posso citar um caso recente que tive. Eram dois processos distintos, mas ambos tratavam de furtos com abuso de confiança em que a res teria sido vendida e, num dos casos, a acusada teria posteriormente tentado reparar e reparado parcialmente boa parte do prejuízo que ela teria causado. A ela não foi aplicada a atenuante relativa à reparação do dano, tendo ela a mesma pena de uma pessoa que foi condenada também pelo crime de furto com abuso de confiança.

Enfim, a injustiça se verifica quando penso que ao Chico, que mora no interior e que desconhece a lei, não lhe são aplicadas as atenuantes quando as penas estão fixadas no mínimo, mas essa conduta do Francisco, que é ciente da ilicitude de sua ação, pratica o crime e tem a mesma pena.

Eu poderia falar de vários exemplos: teríamos a questão da menoridade relativa (uma pessoa ainda com a sua formação, deixando de ser aplicada a causa de diminuição). Enfim, casos práticos não faltam na Defensoria. O que a súmula acaba escancarando é justamente uma transformação do critério trifásico num critério bifásico. Essa injustiça que tanto menciono também se verifica, de alguma forma, quando pensamos que a confissão é premiada ou possibilita uma redução da punibilidade na ANPP e na delação com consequências muito maiores que a simples atenuação da pena.

A súmula, ao fim e ao cabo, acaba muitas vezes desestimulando a confissão. E falo da confissão porque ela é uma das poucas atenuantes que pode incidir em qualquer caso e que está sob controle do réu. Não tenho como verificar, em todos os casos, a influência de multidão, o valor relevante, mas o réu sempre vai poder contribuir para uma decisão mais justa. Inclusive, traz mais paz para o julgador ao saber da confissão e um maior senso de responsabilidade do acusado quando ele verifica que não tem uma negação própria.

É nesse contexto que, na condição de defensor, muitas vezes, me vejo numa entrevista reservada sem resposta ao acusado, Dr. Ministro Sebastião, que me pergunta “o que eu ganho com isso” quando conversamos sobre a confissão.

Por isso, a Defensoria Pública do Estado de Goiás, assim como as demais, se coloca a favor do cancelamento da súmula. E a pergunta que deixo aqui para V. Exas.: por que um atenuante não deve reduzir a pena dos crimes menos graves e dos autores menos reprováveis, ou seja, aqueles em que a pena-base restou fixada no mínimo legal?

Mantido o entendimento sumular, parece-me que o adequado seria que transformássemos o nome de circunstâncias atenuantes para circunstâncias compensadoras, as quais, na verdade, só fariam efeito quando hovesse algum incremento na primeira ou na segunda fase da pena.

Obrigado.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dr. Luiz Henrique.

Pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Dra. Isabel de Oliveira Schprejer.

Isabel de Oliveira Schprejer

- Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Boa tarde a todos, todas e todes. Eu gostaria de cumprimentar os eminentes Ministros desta egrégia Terceira Seção e o faço na pessoa do ilustríssimo Sr. Ministro Rogério Schietti, a quem cumprimento e parabenizo pela iniciativa de convocar esta audiência pública e realmente ter uma escuta efetiva para os anseios da comunidade jurídica.

Iniciando minha fala, ela se focará em aspectos práticos relativos à Súmula n. 231, principalmente os casos concretos que demonstram a sua injustiça.

A despeito de qualquer argumento de ordem teórica que se almeja invocar pela

manutenção desse enunciado, é um fato: a Súmula n. 231 deste egrégio Superior Tribunal gera injustiça, injustiça que é palpável, que é concretamente aferível.

Em termos práticos, a Súmula n. 231 é o “ganha, mas não leva” do Direito Penal. O réu confessa, por exemplo. A atenuante é reconhecida, mas a pena permanece a mesma. É uma decisão inexecutável desde o seu nascedouro. É uma sentença natimorta.

O quadro se agrava quando pensamos em casos em que há mais de uma pessoa acusada, em que fica patente a violação do princípio constitucional da isonomia, um dos princípios basilares do nosso Estado Democrático de Direito.

Uma pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro examinou 335 acórdãos proferidos pelo respectivo tribunal de justiça entre julho e dezembro de 2022. Todos eles versavam sobre o tema da Súmula n. 231. Dos 102 processos em que havia mais de um réu, em 29 deles, isto é, quase 1/3, quase 30%, o enunciado foi aplicado de maneira a gerar como resultado a fixação da exata mesma pena para pessoas em situações completamente diferentes.

Trago o exemplo de um dos casos estudados.

Tratava-se de duas acusadas em que as penas-base foram exasperadas pelo Juízo de piso diante da existência de ações penais ainda em curso. Essa ilegalidade veio a ser reformada pelo tribunal em sede recursal, fixando-se, então, a pena-base no patamar mínimo legal.

Essa decisão gerou a diminuição de 1/6 da pena para uma das ré. Contudo, não gerou nenhuma diferença na pena da outra ré, porque essa outra ré já havia confessado o crime. Então, sua pena já havia sido compensada pelo Juízo de piso e nova redução estava vedada pela Súmula n. 231 – “ganhou, mas não levou”. O reconhecimento da ilegalidade caiu no vazio para uma ré.

Por outro lado, para outra ré que não confessou, não colaborou com a Justiça, houve uma vitória efetiva, pois sua pena foi de fato reduzida.

Em outro caso analisado nesse estudo, a pena de um réu primário, menor de 21 anos e que havia confessado o crime, restou absolutamente idêntica à pena de um corréu reincidente que não havia confessado, mas também era menor de 21 anos.

A violação do princípio constitucional da isonomia fica patente com relação à Súmula n. 231 na sua dimensão substantiva. Essa violação é gritante e traz situações discrepantes como as que mencionei, em que é conferido exato mesmo tratamento a pessoas em situações jurídicas completamente distintas. Não há argumento, de ordem teórica, capaz de validar tamanha injustiça

A pesquisa demonstrou que, mesmo os magistrados que foram sensíveis a essa questão e tentaram reduzir a pena ao mínimo legal – tivemos quatro magistrados no Estado do Rio de Janeiro, nesse período, que tentaram reduzir a pena àquele mínimo legal –, isso foi embarreirado pela Súmula n. 231 no tribunal de justiça, que aplicou a pena como de costume, de uma maneira irrefletida e automática, sem maiores reflexões sobre o tema.

Passados 23 anos da edição dessa súmula, é tempo de reflexão. Não há que se falar em segurança jurídica, pois o Direito está sempre em movimento de acordo com as mudanças legislativas e a realidade fática. Então, deve o operador do Direito estar sempre sensível aos efeitos práticos de suas decisões. A impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal traz diversas consequências, por exemplo, obviamente, gera uma pena definitiva mais alta, impactando também no regime inicial prisional, na substituição da pena, nos prazos de aquisição de direitos de execução, no indulto, na prescrição, além de contribuir para o agravamento do estado de coisa inconstitucional.

Tivemos uma alteração, no ano de 2018, na legislação, a qual não foi dada tanta importância, mas considero ser de suma importância a nossa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a nossa famosa LINDB, que é uma norma sobre norma, é uma norma sobre o Direito.

Em seu art. 20, a LINDB assim dispõe:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

Assim, rogamos para o que os eminentes Ministros, ao decidirem o presente caso, em observância à LINDB, em observância à realidade brasileira, avaliem as consequências práticas da Súmula n. 231 e as injustiças que esse enunciado vem gerando ao longo de tantos anos, na vida de tantas pessoas, pugnando pelo seu cancelamento.

Muito obrigada.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dra. Isabel.

Dra. Andreza Lima de Menezes, Defensora Pública do Estado do Paraná, por videoconferência.

Andreza Lima de Menezes

- Defensoria Pública do Estado do Paraná

Boa tarde. Inicio minha fala cumprimentando o Ministro Rogério Schietti, a quem também agradeço por proporcionar esse ambiente privilegiado de debate. Cumprimento todos os agentes públicos presentes, em especial os colegas defensores públicos, e as demais pessoas que acompanham essa audiência remotamente.

Os problemas estruturais do sistema prisional não devem ser tratados como uma banalidade, o que infelizmente já assistimos nesta audiência. Não podemos esquecer que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucionais pelo STF é uma verdadeira convocação para que nós, membros do sistema de Justiça, busquemos soluções, e devem, sim, ser um norte para a construção de uma política criminal diferente daquela vigente à época do advento da súmula. Então, a superação da súmula pode e deve ser uma dessas medidas.

A fim de demonstrar esse argumento, a Defensoria Pública do Paraná, por intermédio da sua escola, a Escola da Defensoria Pública do Paraná, com empenho pessoal do servidor Giovanni Machado, que desenvolveu uma pesquisa empírica sobre o tema, foram oficiadas todas as varas criminais do foro central de Curitiba, solicitando as vistas de todos os processos sentenciados do ano de 2022.

Em seguida, tendo a resposta de uma dessas varas, a 3ª Vara Criminal, foram 261 sentenças. Na verdade, 261 condenações. Fizemos a separação: aquelas que tinham resolução

de mérito e sem resolução de mérito. Então, foram 261 analisadas. Daí, buscamos examinar a frequência da incidência da súmula, debruçando-nos manualmente sobre cada dosimetria de pena procedida pelo juiz sentenciante naquele ano. Duzentos e sessenta e uma é uma amostra significativa.

Nesse exercício, encontramos a aplicação da súmula em 55 das 261 condenações, tendo sido possível assim atestar, de forma material, que ela incide sobre 21,07% das responsabilizações penais.

Esse dado, no primeiro momento, pode parecer baixo, dando a impressão de que a súmula tem uma frequência pequena na prática, mas, na realidade, esse percentual se mostra altíssimo, até porque temos de ter em mente a coexistência de cenários mais comuns na dosagem de penas: pode inexistir qualquer atenuante a ser reconhecida, então, não importa aí a súmula; pode haver um atenuante, porém só pode ser compensado com agravante; pode haver também um atenuante, porém não incidir a súmula, já que a pena-base foi exasperada em valor suficientemente alto para que, mesmo com o atenuante, a pena não fique aquém do mínimo legal.

Assim, vendo que a hipótese da súmula é minoria nas várias possibilidades de aplicação da pena, o dado de 20% de incidência do verbete se faz relevante. A prova disso também é que, alterando a base de cálculo do parâmetro de condenações para o parâmetro qualificado de condenações com atenuantes, que é o objeto do nosso interesse, o percentual de frequência da súmula salta de 21% para 49,1%, ou seja, em praticamente metade das condenações em que se é reconhecida atenuante, incide a súmula. Então, esse número é alto – como a gente disse anteriormente –, especialmente alto, considerando, sobretudo, que, no momento da aplicação da pena, ela pode ser compensada com um agravante ou pode haver também um atenuante, mas não incidir a súmula, porque a pena-base já foi exasperada em valor suficientemente alto para que, mesmo com um atenuante, a pena não fique aquém do mínimo legal.

Então, além da frequência da súmula, outra conclusão que se pode ter, a partir desse estudo, é que o enunciado dela acaba por gerar uma distorção na política criminal, na medida em que se tende a punir justamente, de forma mais rigorosa, quem pratica os crimes mais leves.

Os crimes mais graves naturalmente terão suas penas-base exasperadas e assim a súmula não vai tender a incidir sobre essas condenações. Mesmo que haja atenuantes, essas

atenuantes não vão ser capazes de reduzir a pena-base, que já é aplicada num patamar mais alto, ao mínimo legal.

Agora, por outro lado, os crimes mais brandos vão ser tratados com maior rigor, porque as atenuantes não serão aplicadas em seu benefício, a súmula, já que a pena-base é baixa.

Então, percebemos uma contradição bem perigosa da resposta estatal. As penas dos crimes mais graves são reduzidas – como bem colocado pela colega do Rio de Janeiro –, já que eles vão ter uma margem de pena-base para a aplicação da atenuante e para não incidência da súmula, mas, ao mesmo tempo, deixa de se atenuar a pena para um delito menos danoso.

Então, essa é a contribuição da Defensoria Pública do Paraná. Não pretendemos ser repetitivos. Os colegas da Defensoria Pública que já se manifestaram trouxeram argumentos suficientes. Trouxemos uma contribuição de ordem prática para comprovar os malefícios da permanência dessa súmula, a qual também é responsável pelo nosso estado de coisas inconstitucionais.

Encerro aqui a nossa breve participação. Agradeço, mais uma vez, a oportunidade dessa escuta qualificada. Espero o acolhimento dos argumentos da Defensoria Pública.

Muito obrigada.

Rogério Schietti Cruz
- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dra. Andreza. Boa tarde.

Dr. Glauco Mazetto Tavares Moreira, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Glauco Mazetto Tavares Moreira

- Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Exmo. Sr. Ministro Rogerio Schietti, Exmos. Ministros, Exma. Procuradoria, boa tarde aos demais presentes.

A Defensoria Pública de São Paulo vem aqui se manifestar trazendo contrapontos a dois dos vários argumentos utilizados como substrato da Súmula n. 231, quais deles: a possibilidade de existência de pena zero e a indeterminabilidade, que será tratada de forma mais sucinta ainda.

Como já dito aqui à exaustão, o art. 65 do CP, em seu caput, indica que as atenuantes sempre minorarão a pena. Um dos argumentos, um dos fundamentos da Súmula n. 231 para afastar essa aplicação indica que esse artigo não deve ser interpretado de forma literal, mas, sim, de forma teleológica, à luz das funções preventiva e retributiva da pena.

Nesse cenário, a possibilidade de atenuação abaixo do mínimo legal traria uma hipótese como, por exemplo, uma pena zero, o que não teria lógica punitiva e, mais do que isso, não atenderia aos fins da pena. O argumento é sedutor. A própria expressão “pena zero”, dita aqui, inclusive hoje, pelo Ministério Público, por si, convence, mas não se sustenta. Para tanto, vamos da dogmática a um argumento funcional prático e, depois, de volta à dogmática.

Temos várias previsões em nosso ordenamento jurídico que equivalem substancialmente a uma pena privativa de liberdade (PPL) zero. Quais são elas? Temos as excludentes de punibilidade trazidas no Código Penal; outras delas trazidas na Lei n. 9.807/1999; na Lei n. 12.850/2013, que tratam da colaboração do réu quando preveem o perdão. São situações em que há um fato típico, ilícito, culpável, porém não punível. Temos uma condenação, mas uma exclusão da punibilidade. Nesses casos, não há pena privativa de liberdade. Estamos diante de uma substancialmente PPL zero.

Mas, mais do que isso, quero trazer um exemplo do dia a dia que todos nós que atuamos na esfera penal vivenciamos e eles ocorrem maciçamente: arts. 44 e 155, § 2º, ambos do Código Penal. Eles admitem a substituição da PPL exclusivamente por multa. São casos substancialmente de pena zero ou de inexistência de PPL, que é o significado da dita “pena zero”.

Ainda que tudo isso fosse afastado, temos argumento de ordem prática, de ordem funcional. A pena zero é uma ficção jurídica pró-PPL zero. Provavelmente nunca existiu e jamais existirá, ainda que a súmula seja cancelada.

O cenário mínimo para que exista uma PPL zero depende de circunstâncias judiciais favoráveis, ou seja, não foi majorada a pena-base, inexistência de agravantes e a existência de, pelo menos, seis atenuantes.

E aqui faço um parêntese para falar da indeterminabilidade tão defendida pelo Ministério Público e que é repetida à exaustão nos acórdãos que geraram a Súmula n. 231.

O STJ e o STF já consolidaram há muito tempo: há uma fração para as agravantes e atenuantes. É a fração de 1/6. Isso remonta à fração mínima prevista no nosso ordenamento para causa de diminuição de aumento, mas o STJ, inclusive em julgados recentes, diz que esse é o parâmetro para diminuição e o aumento, podendo ser maior ou menor diante de fundamentação idônea. Se é assim, temos um paradigma. Se há um paradigma normativo para o aumento e a diminuição, não há incerteza, o que corrói esse argumento.

Fechado os parênteses, voltamos a essa possibilidade hipotética de pena mínima: seis atenuantes. Regularmente, de todas as atenuantes previstas no CP, somente duas são ordinariamente reconhecidas: menoridade relativa e confissão. Todas as outras beiram o zero estatístico ou somente repousam nos livros doutrinários, não têm reconhecimento no dia a dia.

Se, para chegarmos à pena zero, precisaríamos de seis atenuantes – vale lembrar, seis atenuantes, 6/6, daí a pena zero –, para uma delas, além das duas, para chegarmos a três atenuantes, quase nunca isso ocorrerá, que dirá seis atenuantes.

Trata-se de uma ficção jurídica, um ornitorrinco. Provavelmente, nunca ocorreu nem nunca ocorrerá. Tanto é assim que nenhuma das decisões, nenhum dos memoriais, cita um caso concreto em que isso poderia ter ocorrido, o que vale também para o argumento de quem fala que a agravante elevaria a pena acima do máximo. Logo, não podemos fazer uma regra a partir de uma exceção, especialmente uma exceção que não se tem notícia de existência em nosso ordenamento.

E vamos imaginar que ainda ocorresse uma hipótese como essa, uma hipótese miraculosa. Essa hipótese volta à dogmática. Se ela existir, está aí um caso em que a função

retributiva e preventiva da pena foi atendida e, tal como aqueles outros exemplos, deve gerar uma inexistência de PPL, de acordo com que diz inclusive o art. 59 do Código Penal.

É assim que a Defensoria Pública de São Paulo se manifesta.

Mais uma vez, agradeço muito pela atenção.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Muito obrigado, Dr. Glauco.

Eu não sei se todos sabem, mas as Defensorias Públicas possuem um grupo, o Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distritais nos Tribunais Superiores, que é composto por várias Defensorias Públicas Estaduais e a do Distrito Federal, no STJ.

Para falar em nome do GAETS, a Dra. Patrícia de Sá Leitão e Leão, que é Defensora Pública do Estado Sol, o Ceará.

Patrícia de Sá Leitão e Leão

- Representante da GAETS

Exmo. Sr. Ministro Rogério Schietti, na pessoa de quem saúdo os demais Ministros presentes, subprocurador, operadores do Direito, serventuários, representantes de várias comunidades jurídicas, senhoras e senhores, em nome do GAETS, Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal nos Tribunais Superiores, a Defensoria do Ceará traz a consolidação dos argumentos dos defensores públicos sobre a necessidade de cancelamento da Súmula n. 231 desta egrégia Corte de Justiça.

Inicialmente, importante esclarecer que a superação da Súmula n. 231 por este Tribunal é formalmente possível.

O Recurso Extraordinário n. 597.270, que trouxe o Tema n. 158 do STF, não foi julgado na sistemática de recursos repetitivos, nos moldes previstos pelo Código de Processo Civil de 2015, não incidindo a previsão do art. 927, III, do diploma legal, sendo muito oportuna e necessária a revisão do seu entendimento.

Aceitar que uma decisão do STF, em controle difuso de constitucionalidade, impediria a atual discussão e superação do entendimento implicaria suprimir a competência constitucional do STJ para tratar e pacificar a compreensão sobre lei federal. É postura inconstitucional esse argumento defendido pelos que se insurgem contra a revisão da súmula, acarretando negativa de vigência ao art. 927, § 4º, do CPC. Isso porque ele impediria a ocorrência da superação, de overruling de uma súmula, especialmente quando houve mudança no contexto social e jurídico do tema e há um equívoco na sua construção, como já foi amplamente demonstrado pelos meus antecessores.

Após a reforma penal de 1984, com a adoção do sistema trifásico de Nélson Hungria, surge a possibilidade real, legal e constitucional de redução da pena, na segunda fase dosimétrica, para aquém do mínimo estipulado pela legislação ordinária.

Após sua edição, foram promovidas diversas atualizações na legislação processual penal e na própria jurisprudência que são aptas a demonstrar a superação formal do enunciado da Súmula n. 231, como, por exemplo, a redução da pena pelo tráfico privilegiado, o instituto da colaboração privilegiada, a própria edição da Súmula n. 545 do STJ, tornando incoerente que a confissão, principal atenuante, possa autorizar a exclusão da própria responsabilidade penal, como no caso do ANPP, mas não posso ensejar na redução da pena abaixo daquela mínima cominada ao tipo penal.

O princípio da legalidade reafirma que os princípios importam e servem exclusivamente como vetor da obrigação jurídico-constitucional de minimização da afetação individual, não sendo lógico tentar buscar nele a justificação para adoção de uma postura diretamente contrária àquela constitucionalmente preconizada em prejuízo do indivíduo.

Explico. A presença de circunstâncias atenuantes sempre deverá reduzir a pena, uma vez que não há nenhuma condicionante no texto legal. Por imposição do princípio da legalidade, a presença de agravante não conduz ao mesmo resultado, pois não se pode aplicar de forma invertida o referido princípio.

A ideia de pena máxima é uma garantia do acusado decorrente da legalidade penal,

previsibilidade da sanção penal. Não há incoerência em se admitir a pena provisória aquém do mínimo, mas limitada ao máximo, porque os princípios da legalidade e da individualização da pena são garantias individuais do cidadão contra o Estado, ou seja, princípios limitadores do poder punitivo numa relação jurídica absolutamente assimétrica entre Estado e acusado. O princípio da legalidade é uma limitação do poder estatal em relação ao indivíduo, sendo descabida qualquer tentativa de inversão desse propósito, constituindo verdadeira analogia em malam partem.

Por tudo isso, a interpretação da expressão “sempre agravam” jamais pode seguir a mesma teleologia da expressão “sempre atenuam”.

Destaca-se, ainda, que a flexibilização do limite mínimo das penas não é uma invenção brasileira, estando presente em outros países, como Portugal, Espanha e Alemanha, que abraçam e aplicam esse entendimento.

A súmula viola a garantia legal da individualização, da proporcionalidade e da isonomia das penas. Os colegas defensores públicos apresentaram situações concretas e absolutamente distorcidas de razoabilidade. Afeta, inclusive, a credibilidade da Justiça quando aquele que é informado de que sua confissão implicará na redução da pena não recebe o referido benefício. Assim, os limites abstratamente impostos norteiam a primeira fase da dosimetria da pena.

Surgiram novos institutos despenalizadores a contrario sensu. Desde a edição da súmula, houve incremento nas penas de vários delitos, como tráfico de drogas e roubo majorado, revelando um cenário de penas mínimas cada vez mais altas e um sistema prisional cada vez mais inconstitucional.

Importante destacar que magistrados de diversos cantos do País afastam a aplicação do enunciado para aplicar a pena justa ao caso concreto. Isso revela uma insatisfação generalizada da comunidade jurídica com a Súmula n. 231.

O risco da pena zero, como muito bem discorreu meu antecessor, decorrente da incidência de atenuantes, mesmo com a pena-base fixada no mínimo legal, não mais persiste, uma vez que este STJ, há mais de uma década, estabeleceu um critério seguro para a incidência das atenuantes: a redução da pena na fração de 1/6 sobre a pena-base. Esse critério vem sendo seguido pelos tribunais federais e estaduais, o que torna obsoleto o argumento do risco da pena zero, afastando qualquer incerteza jurídica.

Por todos esses argumentos, pela necessidade de enfrentamento e discussão de temas relevantes e que impactam na vida dos mais vulneráveis deste País, assistidos pela Defensoria Pública, confiando na postura sempre corajosa deste egrégio Tribunal da Cidadania, o GAETS pugna pelo cancelamento da Súmula n. 231.

Muito obrigada.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dra. Patrícia.

Chamo agora, pela Defensoria Pública do Estado do Maranhão, o Dr. Gabriel Santana Furtado Soares.

Gabriel Santana Furtado Soares

- Defensoria Pública do Estado do Maranhão

Boa tarde a todos e todas. Uma saudação especial ao Ministro Schietti pela sensibilidade e pela forma de gerenciar e gestar um novo tipo de Justiça, uma Justiça colaborativa, uma Justiça que ouve e, portanto, uma Justiça que decide o melhor. Apesar do nosso querido Ministro Reynaldo já ter se retirado, vou deixar um abraço, como maranhense e como um dos baluartes do conhecimento jurídico moderno lá no Maranhão.

Coube a mim, Ministros, a tarefa de encerrar, pelo menos pela Defensoria Pública, este bloco de falas. Acredito que meus colegas já trouxeram a maior parte dos argumentos técnicos que podem ser tratados. É natural o embate, é natural o debate. Isso só fortalece o sistema de Justiça.

Preciso trazer um dado que talvez não tenha nos manuais de Justiça, um dado que,

tradicionalmente, quem vê, quem sente, quem cheira, quem suja o pé é o defensor público ou a defensora pública. É o dado da realidade, de quem de fato está nos presídios, de quem de fato está nas comunidades, de quem vivencia juntamente com seu assistido, e, quando falo assistidos, estou englobando toda a gama da sociedade.

O defensor ou defensora pública atende, sim, a vítima, atende o acusado, atende, muitas vezes, o agente estatal que é esquecido pelo Estado. Enfim, temos a felicidade ou infelicidade de atender toda a tragédia penal.

A partir desse local, dessa visão, dessa vivência, estabelecemos prioridades. A prioridade para a Defensoria moderna, traduzindo-se neste momento, é o avanço civilizatório a partir da revisão desta súmula.

Não podemos nos apegar aos debates de 30, 40, 50, 70 anos que seja porque está no texto da lei. Como a colega que me antecedeu falou muito bem: “Os princípios importam, sim.” Os princípios importam. Claro. Em 1940, tínhamos uma realidade totalmente diferente; em 1970, tínhamos uma realidade totalmente diferente; e, em 1984, tínhamos uma realidade totalmente diferente.

Hoje, o caminho que o Tribunal da Cidadania vem traçando... E cabe, sim, a este Tribunal mostrar, talvez, a outros tribunais, mesmo que supremos, que algumas posições devem ser revistas, trazendo à baila o princípio da humanidade, até o princípio da fraternidade, que o Ministro Reynaldo tanto fala, e fala bem, muito bem.

Precisamos pegar todo esse arcabouço trazido nesta audiência pública e refletir qual o sistema de Justiça que queremos. É claro que a revisão de uma súmula não muda o todo, mas é um passo, um passo importantíssimo em direção a um sistema mais humanizado, a um sistema que reflete a realidade moderna, a realidade das alterações sociais em que vivemos.

Uma palavra que foi muito pouco usada hoje, muito pouco usada, e que me entristece, é a palavra vítima. Falamos de bens jurídicos, falamos de um monte de ficções jurídicas, mas esquecemos que, no final das contas, todos servimos a um público. Todos temos uma missão aqui: reparar, evitar, enfim, prevenir a tragédia penal. E a revisão desta súmula vai nesse caminho.

A partir do momento que, enquanto Defensoria Pública, temos este locus de fala, atendendo toda essa tragédia penal, a Defensoria, como uma só, como uma instituição una – vocês vão perceber que cada fala de colega meu foi cadenciada, porque estamos

falando como uma instituição só –, defende com clareza, tecnicismo, mas também com muita empatia e amor ao próximo, com fraternidade e humanismo, a revisão desta norma, a revisão desta súmula.

Então, posto isso, Ministro Schietti e demais Ministros, a Defensoria Pública do Maranhão, assim como todas as demais Defensorias Públicas, se colocam a favor da revisão da Súmula n. 231.

Muito obrigado.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dr. Gabriel.

Agora, pela Defensoria Pública do Estado do Piauí, chamo o Dr. Gerson Henrique Silva Sousa, que está por videoconferência.

O Dr. Gerson se ausentou.

Então, encerramos a participação das Defensorias Públicas.

Há, agora, entidades mais ligadas à advocacia, começando pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que será representado pelo Dr. Ulisses Rabaneda dos Santos, Conselheiro Federal e Procurador-Geral do Conselho Federal da OAB.

Ulisses Rabaneda dos Santos

- Conselho Federal da OAB

Exmo. Sr. Ministro Rogério Schietti, na pessoa de V. Exa. cumprimento todos os Ministros e todos os presentes.

Sr. Ministro, os precedentes que originaram a edição da Súmula n. 231 datam de 1992, 1993 e 1994. E, de lá para cá, ocorreram muitas e variadas mudanças jurídicas e sociais no nosso ordenamento jurídico, de modo que V. Exa., propondo esta audiência pública e a possibilidade de revisão desta súmula, andou muito bem ao observar essas mudanças jurídicas e sociais que estão ocorrendo na nossa sociedade.

Diversos argumentos jurídicos, Srs. Ministros, já foram citados para o cancelamento da Súmula n. 231, como, por exemplo, a ausência de vedação legal ou constitucional para que atenuantes diminuam a pena aquém do mínimo legal.

Porém, no campo doutrinário – é importante fazer um destaque –, a principal característica que leva à compreensão de que há necessidade do cancelamento da Súmula n. 231 é a de que sua existência decorre da interpretação do Código Penal antes da alteração de 1984. Digo antes da alteração de 1984, Srs. Ministros, tendo em vista que, antes desta alteração legislativa, a aplicação da pena respeitava um critério bifásico, em que as circunstâncias atenuantes e agravantes eram analisadas e valoradas juntamente com a pena-base, de modo que, em razão disso, elas não eram fixadas abaixo do mínimo legal.

Contudo, com a reforma de 1984, adotou-se o sistema trifásico. Sr. Ministro Rogerio Schietti, faço questão de ler a V. Exa. trechos da exposição de motivos da alteração penal de 1984, em que, Ministro Jesuíno Rissato, fica claro a intenção do legislador.

Diz a exposição de motivos, item 49:

“Sob a mesma fundamentação doutrinária do Código vigente, o Projeto busca assegurar a individualização da pena sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código Vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos, para oferecer ao arbitrium iudicis variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo da sanção a ser aplicada.”

Continua:

“Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O Projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no art. 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente,

as causas de diminuição e aumento da pena.”

De modo que, Srs. Ministros, fica claro, na exposição de motivos, que o legislador quis sair de balizas fixas e rígidas, previstas na legislação anterior, para critérios em que dá ao magistrado a possibilidade de fixação de uma pena mais justa e mais equânime.

Srs. Ministros, como já citado, a atenuação da pena abaixo do mínimo legal não é, não seria e não pode ser, e não será, uma inovação brasileira. Temos, na legislação, por exemplo, de Portugal, como já citado, da Espanha e da Alemanha, exatamente esta possibilidade.

Sr. Ministro, Sr. Presidente, senhores presentes, algo me incomoda enquanto advogado. Invariavelmente – e digo, aliás, que é a regra –, no momento do interrogatório do réu, o magistrado diz, por obrigação constitucional, que ele tem direito ao silêncio, alertando-o que, caso ele utilize o direito de ser interrogado e, além disso, confesse o crime, ele terá, segundo a disposição do Código Penal, a incidência de uma circunstância atenuante ao aplicar a pena. Ao fixar a pena-base no mínimo legal, o legislador não cumpre a promessa que foi feita de dizer que as circunstâncias atenuantes sempre atenuarão a pena nem a promessa do Estado, representado ali pelo juiz, momento no qual o réu questiona ao seu advogado: “A minha pena não foi atenuada porque eu confessei?”

Argumentos de política criminal postos no memorial também levam à conclusão da necessidade de revisão desta súmula e de seu cancelamento. Mais de novecentos mil presos entulham – lamentavelmente, é preciso dizer essa palavra forte para as pessoas, porque elas são entulhadas como se não fossem humanos – nossas penitenciárias, já julgadas inconstitucional esse estado de coisas pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, Sr. Presidente, Sr. Ministro Rogerio Schietti, outra situação que incomoda muito, e que trouxe um exemplo muito claro de uma situação absolutamente incômoda a todos, são aquelas em que, ainda que hipoteticamente ou vistos na prática, réus com a pena-base aplicada no mínimo legal, porque atendem todas as circunstâncias judiciais, com a presença de duas ou até três atenuantes, têm a mesma pena daqueles que, com circunstâncias judiciais absolutamente desfavoráveis, têm uma atenuante.

Encerro, Sr. Presidente, agradecendo, mas não sem antes fazer um registro especial de agradecimento à Dra. Fernanda Tórtima e ao Dr. André Galvão, que têm contribuído com o Conselho Federal na análise desse tema.

Muito obrigado.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Agradeço a participação, Dr. Ulisses Rabaneda dos Santos.

Pela ABRACRIM, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, chamo à tribuna o Dr. Aury Lopes Júnior.

Aury Lopes Júnior

- Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas - ABRACRIM

Exmo. Ministro Rogério Schietti, que preside os trabalhos, Exmos. Srs. Ministros, também cumprimento todos os advogados e as advogadas que nos assistem e o nosso Presidente da Abracrim, Sheyner Asfóra.

Excelências, a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas gostaria, inicialmente, de parabenizar a iniciativa e sublinhar a importância do cancelamento dessa súmula, porque ela possui, acima de tudo, um erro histórico, um grave erro histórico.

Juntamos um parecer escrito, um excelente trabalho da lavra do professor Dr. Saulo de Carvalho, que é extremamente elucidativo. O professor Saulo começa, com pioneirismo, a explicar algo que, até então, não se falava: a origem da súmula. Aí fui atrás dos julgados que originaram a súmula e há um contexto histórico importante. Existe uma confusão clássica entre método e limite quando se faz a reforma penal em 1984. O art. 68 estabelece um método de dosimetria da pena, jamais um limite.

O que acontece, Ministro Sebastião? Toda mudança legislativa demora para se implantar, porque você tem de mudar a cultura, tem de mudar cabeças. E a realidade é: em 1984 se adota o sistema trifásico, mas os tribunais seguem oscilando entre o sistema antigo e o novo e gerando até certos hibridismos.

Se formos ver, a partir disso, vai bater neste STJ, em 1991, o primeiro recurso especial

e os sucessivos. Todos tinham um objeto interessante: a dosimetria equivocada, o método errado. Aí vem um detalhe importante: os recursos que bateram aqui traziam arguição de violação do art. 68, mas por violação do método, ou seja, a inversão da ordem de análise.

O primeiro caso foi o seguinte: após aplicada a pena-base, o Tribunal valorou as majorantes para, depois, incidir as atenuantes. Fez um hibridismo e chegou-se, na segunda fase, numa pena mínima, numa pena abaixo do mínimo. Mas essa pena abaixo do mínimo decorreu do erro do método e não da violação de nenhum limite, até porque o art. 68 não o estabelecia.

E aqui nasce uma súmula. Essa súmula tem uma redação errada, porque ela veio para dizer: “Tribunais, existe um método. É preciso seguir o método do art. 68 e não inverter o método.”

Nunca se disse que o problema era a pena abaixo do mínimo. O que se chegou foi a uma pena abaixo do mínimo como consequência de um método errado. A falha é a confusão entre método e limite.

Insisto, o art. 68 nunca estabeleceu limite, estabeleceu um método. A jurisprudência deste Tribunal começa exatamente para corrigir o método. Aí vem o detalhe: o que era uma decisão sobre inversão do roteiro do art. 68, que levou a uma pena provisória abaixo do mínimo pelo erro metodológico, gerou toda uma linha errada de compreensão desse resultado para imaginar que o art. 68 fixa limite.

Excelências, extrair do art. 68 uma concepção de limite, quando na verdade é método, é um erro histórico que estamos repetindo há décadas, sem refletir sobre essa falha inicial no raciocínio.

Sabemos todos, e aí não vou repetir toda a questão da legalidade, que não se pode fixar limitação a direitos públicos fundamentais, direitos públicos subjetivos, sem uma lei expressa. Isso foi muito falado. A minha fala vai focar em alguns pontos diferentes.

Segundo aspecto importante. Ouvei até isto desta tribuna: “O art. 67 é mais uma questão de método.” O art. 67 estabelece critérios para a resolução do conflito entre agravantes e atenuantes, jamais impôs qualquer limite. Mais uma vez, a confusão: método e limite.

O terceiro ponto básico ouvi hoje, de novo, sendo repetido, e já foi tratado, inclusive, pela Defensoria Pública de São Paulo, se não estou equivocado. O professor Saulo esclarece:

“A pena zero é uma falácia. A pena zero é um argumento de terrorismo penal, de terrorismo penal punitivo.”

Não existe pena zero, nunca vai se chegar a uma pena zero, por um critério matemático. É muito claro e muito simples. Está consolidado em todos os tribunais o limite de 1/6 para incidente de agravantes e atenuantes. Isso não está em discussão. Nunca se discutiu o quantum de 1/6. Se não há discussão, é pacífico: 1/6 é o máximo que se pode fazer.

Portanto, como já foi falado, o professor Saulo explica: “Em tese, chegar-se-ia em uma pena zero, primeiro, se tivesse seis atenuantes.”

Olha, eu até desafio que me mostrem um caso em que teve seis atenuantes. Pode ser que tenha, mas vai ser exceção da exceção da exceção, porque nunca vi, Ministro Jesuíno, seis atenuantes.

E o professor Saulo explica: “Na excepcionalíssima situação de se ter seis atenuantes [que não existe], vamos resolver também com uma questão de método. O que se vai fazer é aplicar um critério sucessivo de incidência e não cumulativo, como já se faz com as causas especiais de redução da pena, em que, se se tem várias, o critério é sucessivo e não cumulativo.”

Ministro Schietti, o argumento da pena zero é uma falácia punitivista. Vamos assumir: isso nunca vai acontecer. Não há seis atenuantes em nenhum caso e, se hipoteticamente se tivesse, não se chegaria também.

Portanto, além do erro histórico da súmula, além do argumento ad terrorem que não se justifica de modo algum, temos o art. 65, que é impositivo, que determina a incidência, que já foi falado. Isso também é um critério não só de individualização da pena, mas de proporcionalidade, de razoabilidade da punição. Precisamos compreender, acima de tudo, que, em Direito Penal e em Processo Penal, o que nos protege? Legalidade.

Existe uma luta incansável, e com razão, por impor limites aos espaços impróprios de discricionariedade judicial. Essa limitação se dá através da legalidade da lei. Forma é garantia. A lei é garantia e é limite de poder.

Não podemos, em hipótese alguma, alargar o espaço punitivo sem lei clara, taxativa e indiscutível seu conteúdo. Não podemos restringir esfera de liberdades sem uma lei que

também guarde toda essa coerência.

Então, para ser muito objetivo, respeitar o tempo, Ministro, que é sagrado, a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim) manifesta-se pela imediata revogação da Súmula n. 231, por ser ela um erro histórico de confusão entre método e limite, aspecto muito importante.

Segundo, porque o art. 68 define a forma de dosimetria e jamais o limite de incidência na segunda fase.

Terceiro, o argumento pena zero é uma falácia, não se justifica, não existe, nunca existiu.

Quarto, porque é óbvio que esta súmula viola a legalidade, o princípio constitucional da individualização da pena, da razoabilidade e é incoerente.

É a manifestação da ABRACRIM.

Muito obrigado, Excelência.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dr. Aury.

Agora, pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), falará a Dra. Raquel Lima Scalcon.

Raquel Lima Scalcon

- Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM

Boa tarde a todos e a todas. Cumprimento, na pessoa do Ministro Rogério Schietti, todos os presentes. Somo-me aos demais, falando da importância e do momento adequado para convocar esta audiência pública. Então, eu queria também pontuar essa questão. Agradeço ainda a possibilidade do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais poder fazer uma contribuição a este debate.

Nesse sentido, de imediato, pontuamos que o IBCCRIM é a favor da revogação da Súmula n. 231 deste egrégio Tribunal. As razões são muitas e serão organizadas em quatro grandes grupos de argumentos. Três deles, de certo modo, já foram bastantes desenvolvidos por colegas e não irei aprofundar demasiadamente em razão do tempo. O quarto será um pouco mais aprofundado, porque acho que é, talvez, a grande contribuição que a manifestação do IBCCRIM pode dar nesta discussão. Inclusive, eu queria pontuar a contribuição que a professora Tatiana Stoco fez e que foi essencial para que essa manifestação pudesse ser apresentada.

A primeira razão é de ordem, eu diria, pragmática e até humanitária. Quando estamos diante de um hiperencarceramento, de um encarceramento em massa, quando estamos diante de um estado de coisas inconstitucional, é preciso levar a sério, realmente a sério, uma discussão em que possamos ter, em algum grau, a redução da pena concretamente aplicada. Isso já foi falado e retomo essa posição também do IBCCRIM.

O segundo conjunto de argumentos poderíamos chamar de argumentos hermenêuticos, ou seja, não há, quando olhamos para o Código Penal atual, nenhuma vedação expressa à redução da pena aquém do mínimo em se tratando de incidências de atenuantes. Nesse sentido, também é preciso lembrar da expressão “sempre” que está prevista no art. 65 do Código Penal. Esse grupo de argumentos que chamo de argumentos hermenêuticos também são argumentos que o IBCCRIM se soma e quer pontuar.

O terceiro grupo de argumentos, que eu chamaria de argumentos de igualdade material ou de individualização de pena, diz respeito à impossibilidade atual, em muitos casos, de se efetivamente realizar uma individualização da pena, na medida em que, em certas circunstâncias, diante de um injusto menos grave ou mesmo de uma culpabilidade reduzida, a súmula impede que haja essa redução, e pessoas que cometeram, portanto, crimes com

diferentes gravidades e com diferentes culpabilidades acabam sofrendo a mesma sanção.

O quarto argumento, sobre o qual eu gostaria de me debruçar mais, diz respeito, Excelências, à natureza das atenuantes que estão no art. 65. Essa natureza que justifica a possibilidade de redução para aquém do mínimo. Para além de uma discussão legal, pragmática ou hermenêutica, é a natureza. Ali enxergamos basicamente dois conjuntos de situações: um primeiro, em que temos uma culpabilidade reduzida, situações em que há uma culpabilidade reduzida, e um segundo grupo, basicamente, em que temos situações em que há um injusto concretamente menos grave: culpabilidade reduzida, como, por exemplo, menoridade relativa; como, por exemplo, com violenta emoção; como, por exemplo, com desconhecimento da lei. Ou, então, situações de menor gravidade do injusto concreto, como em casos de motivos, arrependimento, tentativa de reparação. Isso é relevante no seguinte sentido: mostra que as atenuantes são muito mais próximas das causas de diminuição e não das circunstâncias judiciais.

Vejamos, por exemplo, o arrependimento posterior. É uma causa de diminuição que podemos comparar claramente com a atenuante da tentativa de reparação do dano e redução das consequências. Outra situação, erro de proibição inescusável, que é uma causa de diminuição e que podemos claramente comparar com a atenuante desconhecimento da lei.

Portanto, a natureza que está presente nas atenuantes justifica a compreensão de que, assim como as causas de diminuição, elas podem, inegavelmente e claramente, reduzir a pena para aquém do mínimo, justamente por significarem uma culpabilidade reduzida e por significarem um injusto concretamente menos grave.

É verdade que temos ainda uma terceira situação, que é a situação da confissão, que não se enquadraria claramente nesse grupo de situações, mas que também justifica essa redução, porque é uma questão de política criminal e de colaboração com a Justiça, como já há nos outros casos.

Então, por esses quatro grupos de argumentos e, sobretudo, pelo argumento de ordem dogmática, que é a natureza dessas atenuantes, o IBCCRIM manifesta-se pela revogação da súmula e agradece a atenção de todas e todos.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dra. Raquel.

Agora, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, na voz do Dr. Roberto Soares Garcia, por videoconferência.

Roberto Soares Garcia

- Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD

Boa tarde, Excelência, Ministro Rogério Schietti, Srs. Ministros, serventuários, colegas, operadores do Direito em geral. Antes de mais nada, o IDDD felicita V. Exa. pela feliz decisão de ampliar o ambiente de debate a respeito de tão importante tema e agradece a oportunidade de participar desta audiência.

Neste momento, quem fala tão avançado na lista de sustentações tem uma desvantagem, que é a de que, afinal de contas, pouco do que se pode dizer é novo, seria novo. Por outro lado, tem a vantagem de poder pinçar alguns elementos que já foram tratados pelos demais expositores para apresentar a forma de ver do instituto a respeito disso.

Em primeiro lugar, foi, de certo modo, surpreendente ouvir da tribuna algumas manifestações no sentido de que, sendo a jurisprudência mansa e pacífica, não faria sentido revisitar o teor da súmula. Mas é exatamente a súmula que põe algemas nesse debate. Nos livros doutrinários, nas teses, na academia, o tema é candente. Portanto, é de extrema utilidade revisitar a Súmula n. 231, seus termos e suas consequências.

Como o IDDD é formado por advogados, eu gostaria de trazer um pouquinho a experiência deste advogado. São trinta anos de profissão e eu não me lembro de ter visto, nenhuma vez, uma agravante deixando de ser aplicada porque a pena chegou ao teto. Isso eu nunca vi acontecendo. Mesmo nas minhas leituras da jurisprudência, das decisões dos tribunais, eu nunca encontrei um caso em que uma agravante tenha sido deixada de lado em

razão da aplicação da pena já máxima.

No entanto, na minha experiência profissional, foram muitas as vezes em que a existência de uma atenuante foi desconsiderada em razão da Súmula n. 231, o que me faz pensar que o vocábulo sempre que está no art. 61 do Código Penal vale mais do que o vocábulo sempre que está no art. 65, o que me causa muito desconforto, principalmente quando se houve o argumento de que não se deve aplicar a pena abaixo do mínimo em razão do princípio da legalidade. O sempre das agravantes vale mais do que o sempre das atenuantes. Isso não é possível, eu não consigo ver lógica nessa forma de entender a questão.

Outro ponto que me causa desconforto profundo, e que acho que merece um olhar mais atento, é essa questão de que, se a súmula vale – e ela vale, hoje ela se aplica –, é necessário que, antes de ver uma atenuante atuar, o juiz tenha recrudescido a pena. Isso me parece um paradoxo absoluto. Se o objetivo é atenuar a situação do condenado, porque não se trata mais de acusado, é condenado, se o objetivo era esse, se o legislador apontou isso no Código Penal, não faria nenhum sentido essa circunstância só ter efetividade se antes fossem reconhecidas situações mais graves contra ele. Não me parece razoável esse entendimento. Sinceramente não consigo ver lógica em que o ordenamento jurídico exija, para atenuar antes, que se agrave a situação do condenado. Parece-me condenável, parece-me uma impropriedade.

Também vislumbro, Excelências, no sistema trifásico, não só uma forma de se somarem penas, quantidades de pena. Acho que um aspecto importante do sistema trifásico é que ele secciona a aplicação, a dosimetria, e obriga o juiz a justificar o porquê está fazendo daquele jeito.

Ora, se é assim, se o objetivo do sistema deve ser a pena justa, o fato de eventualmente a pena cair do mínimo, ou, em tese, ir além do máximo, será possível de ser censurado pela justificativa a ser apresentada pelos juízes.

Não vejo razão para que se mantenha, portanto, o entendimento da Súmula n. 231. O IDDD postula pela revogação do entendimento.

Muito obrigado, Excelência.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dr. Roberto.

Agora, temos as duas entidades associativas dos magistrados, a AMB e a Ajufe. Inicialmente, a Associação dos Magistrados Brasileiros, na pessoa do Exmo. Juiz Paulo Rogério Santos Giordano.

Paulo Rogério Santos Giordano

- Associação de Magistrados Brasileiros - AMB

Boa tarde. Cumprimento a todos na pessoa do Ministro Schietti.

Serei bastante objetivo e breve. Objetivo e breve porque muitos oradores anteriormente falaram e expuseram de forma extremamente feliz as razões pelas quais a súmula deve ser mantida. Também breve e objetivo porque a questão não é, no meu entendimento, de alta indagação.

As considerações que me levam e levam a AMB a acreditar na necessidade da manutenção da súmula se prendem basicamente às considerações de ordem estritamente técnica, nos limites da boa doutrina de Direito Penal e Constitucional, além de considerações sobre política criminal, que, ao final, se entrelaçam.

Não há muito que adornar no que diz respeito à técnica. O juiz, ao fixar a pena, necessariamente deve realizar um juízo de discricionariedade vinculada, atuando dentro de limites estabelecidos pelo legislador para não ferir o princípio da separação de poderes. Assim, ao estabelecer a pena-base, deverá fazê-lo dentro dos limites estabelecidos no preceito sancionador.

Ao passar à segunda etapa da fixação da pena, deverá cingir-se aos mesmos limites, posto que o legislador não o autorizou ultrapassar os limites mínimos e máximos.

Apenas e tão somente ao alcançar a terceira etapa, em que considerará as causas de aumento ou diminuição de pena, aí, sim, poderá ultrapassar os citados limites, considerando que o legislador expressamente o autorizou a fazê-lo.

Fosse a intenção da lei que os limites pudessem ser violados, teria sido estabelecido algum direcionamento aritmético dirigido ao julgador. Estabelecer que o juiz pode fixar pena abaixo do mínimo legal em consideração à existência de atenuantes, quando a lei não disciplina qualquer parâmetro, não somente constitui um incentivo ao ativismo judicial como ainda tem o condão de romper a harmonia no funcionamento do sistema de Justiça criminal ao dar azo a penas absolutamente díspares entre si País afora.

O Direito é instrumento de pacificação e estabilização social. A aplicação da norma deve, portanto, ser coerente.

Não há que se falar em eventual violação do princípio da individualização da pena em relação àquele réu que eventualmente ostente circunstâncias judiciais amplamente favoráveis e incorra numa das hipóteses elencadas como circunstâncias atenuantes. É que a individualização da pena sempre deve ocorrer dentro daqueles limites mínimos e máximos estabelecidos por legislador, que é o encarregado de dotar de carga normativa a política pública repressiva penal do Estado.

Em tese, sustenta-se o argumento, com a incidência da súmula, do pretense ferimento ao princípio da igualdade, sob a justificativa de que réus inseridos em situações diferentes poderiam sujeitar-se a gravames iguais. A legislação penal/processual penal brasileira é farta em instrumentos que possibilitam ao juiz desigualar o tratamento conferido aos seus nessas situações, muito embora não sempre ao aplicar especificamente a pena.

Em atenção às finalidades da pena, é possível fazê-lo quando da escolha da espécie de pena cominada na lei, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, na substituição da pena privativa de liberdade, na espécie de pena substitutiva a ser aplicada, etc., ou até mesmo no momento anterior à imposição da pena esse desigualamente, quando se faz uso de medidas despenalizadoras, como a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal ou a composição civil.

Certamente, fazer tábula rasa da separação dos poderes e da missão constitucional do juiz não é o melhor modo de atender aos ditames de aplicação de uma pena justa, não é a melhor solução para o encarceramento em massa que se vê hoje no Brasil.

Por essas razões, bem objetivamente, a AMB manifesta-se pela manutenção da Súmula n. 231.

Agradeço a todos.

Boa tarde.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dr. Paulo Giordano.

Pela Ajufe – Associação dos Juizes Federais do Brasil, o Juiz Alessandro Diaféria, membro da Comissão de Reforma do Processo Penal da Ajufe. Por videoconferência também.

Pois não, Dr. Alessandro.

Alessandro Diaféria

- Associação dos Juizes Federais do Brasil - Ajufe

Sr. Ministro, uma boa tarde a V. Exa. e a todos os Exmos. Ministros presentes, membros do Ministério Público Federal, integrantes da advocacia, das defensorias públicas, senhoras e senhores servidores e demais participantes.

A Associação dos Juizes Federais do Brasil inicialmente agradece a V. Exa. pelo convite para participar deste debate tão relevante e oportuno.

Tendo em vista o adiantado da hora, a minha fala pretende ser bastante breve.

A Ajufe, por sua comissão específica, em atenção a essa oportunidade, posicionou-se contrariamente à revisão. Essa deliberação foi tomada por maioria de votos e houve bastante discussão.

Para parte dos membros que, no caso, ficaram vencidos, conviria, de fato, a revisão da súmula em atenção aos critérios de proporcionalidade, individualização da pena, sobretudo em razão de mudanças operadas no sistema processual penal que rumou à justiça negociada e medidas despenalizadoras, entre outras modificações.

No entanto, preponderou o entendimento que vela pela preocupação com possível risco ao princípio constitucional da legalidade, na medida em que as penas fixadas aquém do mínimo poderiam estar dissonantes com as balizas legais, o que também poderia afetar o critério trifásico, matéria que é sujeita à reserva legal, já que atenuantes e agravantes poderiam se equiparar a causas de aumento e de diminuição.

Nesses debates da comissão da Ajufe, foi também mencionado um recurso extraordinário, Relator Ministro Cezar Peluso, que configura o Tema 158 na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. Na ementa desse precedente, podemos verificar que a fixação abaixo do mínimo legal é inadmissível.

Outro aspecto que também foi levantado nas discussões foi a necessidade de que revisões desse tipo de natureza, que condigam com o preceito secundário, alteração de normas, que sejam feitas no poder próprio, que é o Poder Legislativo, evitando que o juiz se exponha à atuação como legislador, salvo nas hipóteses em que ele efetue o controle de constitucionalidade.

Por fim, Sr. Ministro, eu gostaria de acrescentar que é importante para os magistrados em geral que haja estabilidade na jurisprudência, que se siga um critério e que haja cautela nas mudanças radicais em curto período de tempo, pois isso, sim, gera instabilidade, mais conflitos na aplicação concreta da lei e acaba resultando em incremento de litigiosidades sem prejuízo de injustiças.

Esse é o posicionamento da Ajufe, Sr. Presidente.

Agradeço a oportunidade.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Muito obrigado, Dr. Alessandro.

Temos aqui, pelo Conselho Nacional de Justiça, a Dra. Karen Luise Vilanova, que está nos ouvindo por videoconferência e que não tem intenção de se manifestar.

Muito obrigado.

Passaremos a ouvir os especialistas, que são pessoas físicas e jurídicas, entidades, associações, institutos e professores universitários, que se inscreveram nessa qualidade de especialistas.

Temos ainda 23 inscritos e vamos iniciar ouvindo o Dr. Maurício Stegemann Dieter, Coordenador e Professor Doutor de Criminologia, na Universidade de São Paulo, representando o Centro de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais (CPECC).

Maurício Stegemann Dieter

- Centro de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais - CPECC

Muito obrigado, Ministro Schietti. É um prazer estar aqui.

Estando como professor e não como advogado, e como é uma audiência pública e não uma sessão, falo com a sinceridade da sala de aula. Eu uso a Súmula n. 231 como exemplo de erro técnico nas minhas aulas. Uso esse slide desde 2006, como descobri ontem, e coloco para toda turma ver que ali é uma violação clara à legalidade e uma ingerência indevida no que seria a reserva legal. Por isso me surpreende ouvir, inclusive de magistrados ou de promotores, que possa haver alguma ofensa à legalidade na revogação dessa súmula, quando, na verdade, a revogação da súmula é uma determinação do princípio da legalidade.

A segunda reflexão que quero trazer ao início, é que me entristece ouvir a referência

à tradição dos códigos, porque o Código Criminal do Império, de 1830, servia para punir os escravos; o de 1890, para punir os libertos; e o de 1940, para reprimir a classe trabalhadora. Talvez seja o caso de se pensar numa nova tradição penal instituída a partir da Constituição de 1988 que tenha a lei penal como garantia do cidadão.

O princípio da legalidade, ensinou-me o professor Juarez Cirino dos Santos, é o instrumento de proteção individual mais importante no Estado Democrático de Direito; ele é uma estrutura estruturante, como nos indica a semiótica; ele determina um processo de significação que estabelece um limite. Esse limite não pode ser invertido. É precisamente isso que a Súmula n. 231 faz. Se a regra fosse tão clara, então, não seria necessária a súmula que a perverte.

Além disso, parece-me evidente, como já foi dito anteriormente, a violação ao princípio da individualização da pena, da culpabilidade e da proporcionalidade, porque o que a Súmula n. 231 faz é tratar de maneira desigual, em situações típicas iguais, pessoas em situações materialmente desiguais, como, por exemplo, o caso da imputabilidade até os 21 anos ou de maiores de 70, ou ainda na formação do tipo subjetivo, ou em análises de antijuridicidade.

Não quero também mencionar mais uma vez, apesar de ser importante, os problemas de política criminal que isso traz. O Estado diz à pessoa que, se ela confessar, haverá atenuação da pena; ela leva a pena mínima e é traída pelo Estado, quer dizer, é uma atitude cínica que indica má-fé do Estado brasileiro e que é permitida por conta da proibição sumular.

Além disso, a súmula impede ajustes finos do ponto de vista da responsabilidade penal estruturada na política criminal que compense problemas da dogmática no exercício da reprovação que ainda é fundada na retribuição, como prevê o art. 59. É o caso, por exemplo, das diferentes formas de configuração do tipo subjetivo. Graças à súmula, diferenças relevantes, por exemplo, na motivação do sujeito por relevante valor social versus motivos mesquinhos, são confundidas para duas pessoas que, em hipótese de coautoria, praticam a mesma situação típica. Da mesma forma, não permite o ajuste de diferenças sensíveis nas causas de justificação, por exemplo, no estado de necessidade que não é justificante.

No exame dessa imputabilidade, que pode levar em consideração problemas na maturidade não tomada apenas pelo critério objetivo de cumprimento de 18 anos ou na consciência da antijuridicidade, é de se pensar, por exemplo, como a ausência de mobilização do art. 66 para a extensão da hipótese que está prevista na lei dos crimes ambientais de redução da pena para as pessoas que não têm ensino, digamos, qualificação teórica ou

qualificação intelectual por meio de educação, não pode ser utilizado aquém do mínimo, tornando materialmente injusta uma censura contra as pessoas mais vulneráveis do País.

Por último, valeria a pena mencionar, porque foi tema da minha dissertação de mestrado, o problema que isso tem em relação à exigibilidade de conduta adequada à norma penal como terceiro elemento da culpabilidade, porque hipóteses de situações supralegais de exculpação não são compensadas quando a pena é aplicada no mínimo por conta de uma proibição da súmula, tornando assim o Direito Penal brasileiro aquém da melhor técnica científica.

Acredito que essas razões seriam suficientes para poder tirar da sala de aula, por todas as vezes, esse exemplo da Súmula n. 231.

Está na hora, tem que ser agora, é a hora dessa súmula acabar.

Muito obrigado.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dr. Maurício Dieter.

O segundo especialista, pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, é o Dr. Marcio Barandier, Presidente da Comissão de Direito Penal do IAB.

Marcio Barandier

- Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB

Exmo. Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz, em nome do IAB, que tenho a honra de representar por delegação do Presidente Sydney Sanches, agradeço a V. Exa. pela oportunidade

de garantir esse espaço de manifestação e pela iniciativa de promover este debate. Expresso também a honra de me dirigir a V. Exa., Ministro Jesuíno Rissato, e cumprimento todos os expositores e serventuários presentes.

É muito desafiador, quase impossível a essa altura, depois de tantas exposições, trazer argumentos inovadores, originais, para este debate. Por outro lado, penso também, Srs. Ministros, que é importante expressar as convergências, reforçar as concordâncias e reafirmar o alinhamento com as demais instituições especialistas que se posicionam pelo cancelamento da Súmula n. 231. Na verdade, essa é a posição do Instituto dos Advogados Brasileiros e é a posição que entendemos prestigiar a legalidade infraconstitucional e mais importante no plano constitucional.

A Súmula n. 231 – já foi dito aqui várias vezes – baseia-se em comando superado e previsto no art. 48 do Código Penal, revogado pela reforma de 1984. O art. 65 do Código Penal vigente relaciona circunstâncias que sempre atenuam a pena e inexistente dispositivo legal atualmente que proíba a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Ao revés do que alegam os que defendem a manutenção da súmula, quando o legislador pretende restringir direitos, o faz expressamente, sobretudo, no campo do Direito Penal, que deve ter incidência mínima necessária a atingir os seus fins.

As circunstâncias atenuantes abrangem, Ministros – também já se falou aqui reiteradamente –, hipótese de menor culpabilidade, de modo que impedir genericamente a redução abaixo do mínimo legal implica em negar direito elementar do condenado a uma pena justa de acordo com a sua culpabilidade, pois enseja uma uniformização de tratamento para réus, para condenados, em situações distintas. De modo que esse entendimento consagrado na Súmula n. 231 é inconstitucional.

Eu queria, por fim, reiterando tudo o que foi dito pelo cancelamento da súmula, enfrentar só um argumento que tenho lido – e ouvi hoje, aqui da tribuna – no sentido de que a admissão da apenação abaixo do mínimo legal ensejaria também numa aplicação similar à possibilidade de apenação em patamar acima do máximo legal, se for o caso de incidência de agravantes.

Essa simetria alegada, na verdade, com todo respeito, é um mero esforço retórico. Primeiro, não enfrenta e muito menos invalida ou desconstitui os argumentos favoráveis à possibilidade de aplicação da pena em patamar abaixo do mínimo legal; por outro lado, parece uma espécie de proposta de negociação: “Não vamos discutir pena abaixo do mínimo

legal, senão vamos ter de discutir pena acima do máximo legal.” E essa não é uma proposição de discussão jurídica adequada, com todo respeito aos que pensam de forma contrária.

A possibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal tem suporte constitucional, o que não se verifica, na ótica do IAB, no caso de aplicação de pena em patamar acima do máximo legal, porque os quantitativos de penas cominadas pelo legislador funcionam como contenção do poder punitivo, mas não podem ser empecilho para reconhecimento de direito subjetivo do condenado, de acordo com a sua culpabilidade e individualidade, isso decorrente de um princípio consagrado na Constituição Federal, a Lei Maior, que deve reger toda a interpretação da legislação infraconstitucional.

Então, Ministro Schietti, endossando os argumentos já expostos pelos meus antecessores no sentido de que merece revisão a Súmula n. 231, o IAB se posiciona nessa linha, esperando que o Superior Tribunal de Justiça promova esse cancelamento.

Agradeço, mais uma vez, a oportunidade democrática de participar deste debate.

Muito obrigado.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Muito obrigado, Dr. Marcio.

Vamos agora ouvir o Dr. Djefferson Amadeus, representante do Instituto de Defesa da População Negra – IDPN, por videoconferência.

Djefferson Amadeus de Souza Ferreira

- Instituto de Defesa da População Negra - IDPN

Boa tarde a todos que nos acompanham, especialmente ao Ministro Rogério Schietti,

que teve a coragem de convocar uma audiência pública para tratar de um tema tão relevante.

Meu nome é Djefferson Amadeus. Sou Diretor de Litigância Estratégica do Instituto de Defesa da População Negra – IDPN e também sou um advogado negro. Apenas faço esse apontamento porque, em se tratando de um tema tão relevante para a população negra, parece-me importante que nessa tela, com vários rostos brancos, também tenha um rosto de pessoas negras.

Nessa condição, pretendo iniciar a minha fala com uma anedota que, a meu ver, resume muito bem esse caso, pois penso que ela explica por que de fato ainda, nessa quadra histórica, estamos a debater uma súmula que, de há muito, deveria estar superada.

Excelências, um senhor saiu de sua casa para passear num parque e depois foi ao shopping. Quando ele voltou para casa, percebeu que havia perdido as suas chaves. Ao procurá-las, ele ia apenas ao shopping. Perguntaram-lhe por que não procurava no parque e ele disse: “Eu só procuro onde há luz, por isso eu vou apenas ao shopping.”

A reflexão dessa anedota, Excelências, é porque estamos aqui – a maioria das pessoas – para dizer ao Judiciário que a chave está no escuro. Nossa função, portanto, é iluminar o local a fim de que essa chave possa ser encontrada.

Começo pela história, pelo fato de que os precedentes que ensejaram o enunciado da súmula foram proferidos à época do sistema anterior à reforma de 1984, como já foi dito aqui, quando, na época, aplicava-se o sistema bifásico, razão pela qual, naquela época, naquele contexto, naquelas circunstâncias, era possível chegar a essa conclusão, ainda que a partir de uma hermenêutica incorreta.

Hoje, no entanto, diante de um dispositivo legal que se vale expressamente da expressão “sempre atenuam a pena”, é de se perguntar por que ainda assim há dúvida se a pena pode ser atenuada aquém do mínimo legal. Nossa resposta, Excelências, é porque isso possibilita a manutenção de um racismo latente. Afinal de contas, quem são as pessoas que se beneficiariam com a possibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal? Permitam-me demonstrar a partir de números.

Uma pesquisa da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro demonstrou que os crimes com maior incidência da súmula são aqueles que mais encarceram pessoas negras. Em 335 acórdãos, verificou-se que a súmula foi aplicada para impedir a pena abaixo do mínimo

legal: 32%, crimes de tráfico de drogas; 40%, crimes de roubo; e 10%, crimes de furto. Ora, qual a cor da maioria das pessoas que cometem o crime de furto num País em que milhões de brasileiros estão passando fome? Qual a cor das mulheres que estão sendo condenadas por tráfico de drogas?

Nossa tese, portanto, Excelências, é que, como não se pode criar uma súmula para impedir a aplicação da pena abaixo do mínimo legal às pessoas negras, cria-se uma súmula que se aplica aos crimes em que as pessoas negras são mais acusadas.

Não conseguimos conviver com a impossibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal aos crimes de furto, mas conseguimos conviver com o princípio da insignificância para um descaminho de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por exemplo. Por quê?

Não conseguimos conviver com a impossibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal para os crimes de furto, mas conseguimos conviver com a possibilidade de extinção da punibilidade para os crimes de sonegação fiscal, por exemplo. Por que, Excelências?

O Instituto de Defesa da População Negra sustenta que a Súmula n. 231 do STJ é uma discriminação racial indireta contra pessoas negras, na medida em que, não podendo aplicar diretamente às pessoas negras, aplica-se aos crimes em que são mais acusadas as pessoas negras.

Assim como foi feito – e aqui chego ao final da minha fala – na suposta abolição da escravidão. Como impedir que várias pessoas negras votassem sem dizer que as pessoas negras estavam proibidas de votar? Simples, dizendo que os analfabetos estavam proibidos de votar. Claro, os negros recém libertos da escravidão eram todos analfabetos.

A Súmula n. 231 do STJ, portanto, está evidentemente superada de há muito, mas permanece até hoje no nosso sistema porque tem o beneplácito do racismo estrutural.

Obrigado, Excelências, e parablenzo-os por este debate tão importante.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dr. Djefferson Amadeus, pela sua contribuição.

Vamos agora ouvir, pela Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos – Anadep, a Dra. Lúcia Helena Silva Barros de Oliveira, Defensora Pública e Coordenadora de Política Criminal da Defensoria Pública do Rio de Janeiro.

Lúcia Helena Silva Barros de Oliveira

- Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos - Anadep

Boa tarde a todas e a todos.

Eu sou Lúcia Helena e falo em nome da Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos, que representa cerca de quase sete mil profissionais da defensoria pública.

Eu gostaria de agradecer a oportunidade, cumprimentar todas e todos na pessoa do Ministro Rogério Schietti e dizer que a associação está muito honrada de se fazer presente entre tantas exposições tão ilustres e tão bem fundamentadas.

Falar neste momento torna-se um pouco mais difícil, porque infelizmente acabamos nos repetindo, mas repetir também é algo muito bom, sobretudo porque estamos falando de um tema muito importante. Falar sobre pena, falar sobre sistema carcerário, falar sobre privação da liberdade repercute no nosso País, repercute sobretudo na população negra, repercute sobretudo nos menos favorecidos.

De fato, temos a tese do STF, que é a Tese n. 158, de 2009, mas, de 2009 para cá, tivemos uma mudança no nosso contexto social e não podemos olhar a decisão da tese do STF isoladamente, diante da mudança do contexto social que tivemos. E o que mudou? Mudou o nosso sistema carcerário.

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional. Mais do que isso, estamos vendo crescer a nossa população carcerária. Conseguimos observar que a maioria da população carcerária que é mantida privada da liberdade refere-se a corpos negros. Esse percentual não muda quando falamos tanto de homens como de mulheres, não há diferença com relação a esse percentual. A população continua sendo majoritariamente negra.

A par de tudo isso, não podemos deixar de dizer que, em que pese a existência talvez do grande obstáculo do Supremo Tribunal Federal, que seja a tese, caminhando ao lado do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, que se deu em 2015 pelo próprio Supremo Tribunal Federal, também temos os princípios constitucionais tão bem sustentados pelos colegas defensores e defensoras que me antecederam – seria repetitivo, mas vale a pena a lembrança: a legalidade, a individualização das penas, a isonomia.

Destaca-se ainda a pesquisa feita pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; os casos práticos trazidos pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e acompanhado também pelo Estado do Paraná, que traz as implicações práticas da aplicação da Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Então, de fato, é momento de mudar, é momento de refletir sobre a mudança da Súmula n. 231. Não podemos permitir que a decisão da tese do Supremo Tribunal Federal supere princípios e garantias fundamentais tão bem defendidos dentro desta Casa, dentro deste Superior Tribunal de Justiça. Faz-se necessário que olhemos para a população que está encarcerada e que olhemos para esses princípios constitucionais tão bem defendidos por esta Casa.

Mais do que isso, é interessante lembrar o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que diz:

“Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

Encaminhando-me para o fim, rogo a V. Exas. que decidam olhando para as consequências práticas na eventual manutenção da Súmula n. 231; decidam olhando para o cárcere brasileiro; decidam olhando para a população negra; decidam olhando para a observância dos princípios constitucionais.

Agradeço a oportunidade de estar aqui nesta Casa.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Muito obrigado, Dra. Lúcia Helena.

Passamos agora a oitiva da Anacrim – Associação Nacional da Advocacia Criminal, na pessoa do Dr. Victor Minervino Quintiere.

Victor Minervino Quintiere

- Associação Nacional da Advocacia Criminal - Anacrim

Exmo. Sr. Ministro Rogério Schietti, na pessoa de quem cumprimento todos aqui presentes, a Anacrim, Associação Nacional da Advocacia Criminal – e aqui agradeço ao presidente nacional, Dr. James Walker, pela designação –, se manifesta no sentido de que essa súmula deve ser cancelada.

Dentro do que alguns colegas que me antecederam disseram, em especial o Dr. Maurício, compartilho um temor, um receio, na cátedra, pois essa Súmula n. 231, quando vou conversar por todo o País, é uma súmula que me atormenta, principalmente quando algum aluno de metodologia chega para mim e fala: “Professor, vendo aqui os precedentes que geraram essa súmula [até quando eles vão fazer TCCs, trabalhos de mestrado ou doutorado], não me parece que esses precedentes tratavam do texto da Súmula n. 231.”

Até o professor Aury Lopes falou um pouco sobre diferença entre método e limite. Vejamos. O art. 48, anterior à reforma de 1984, em seu parágrafo único – é muito importante, didaticamente, trazer aqui as diferenças –, falava sobre causa de diminuição de pena, que não se confunde com atenuante. Fora isso, o art. 48, nessa dicção, deixou de ser assim escrito após a reforma de 1984. Vejam, portanto, que, em termos legislativos, a Súmula n. 231 não tem nenhum respaldo.

Como se não bastasse, o art. 68 fala de método, método trifásico, originado do debate, inclusive, entre Nelson Hungria e Roberto Lyra. Roberto Lyra defendia o sistema bifásico,

enquanto Nelson Hungria trabalhava com o sistema trifásico.

Vejamos os precedentes: nos REsp n. 7.287/PR e 15.691/PR, o juiz basicamente confundiu as fases e aplicou causa de diminuição de aumento antes da atenuante. Logo, não tem nada a ver com o teor da Súmula n. 231; já o REsp n. 32.344/PR simplesmente trabalhou a ideia de semi-imputabilidade, derivada da antiga lei de entorpecentes, Lei n. 6.986. Portanto, nenhum dos precedentes retratam, de fato, a conclusão da súmula.

Vamos falar um pouco sobre técnica legislativa. Neste ponto, o Judiciário tem de respeitar algo que ainda não foi pincelado com mais profundidade, que é a independência e a harmonia entre os poderes, art. 1º da Constituição Federal. Por que digo isso? Porque o art. 65, dentro da técnica legislativa, dispõe: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena”, não criando nenhuma exceção.

Quanto à questão do art. 67, que basicamente já falaram várias vezes, estamos falando de compensação de agravantes e atenuantes, que, repito, não se confundem com o que estamos a debater.

Dentro de uma perspectiva constitucional, temos de fazer uma linha. Quero que façam um exercício de abstração comigo: imaginemos uma timeline ou uma linha do tempo, para os mais antigos. Em 2009, o Tema n. 158 do Supremo foi transitado em julgado e diz respeito às atenuantes genéricas do art. 66 ou também às atenuantes inominadas.

Em 2015, dando sequência à nossa timeline, temos a medida cautelar na ADPF n. 347, que declarou algo muito importante: o estado de coisas inconstitucional, que é uma violação sistêmica, generalizada, de valores fundamentais, de direitos e garantias fundamentais.

Esse é um contexto que nos ajuda a interpretar o próprio texto que estamos a debater.

Como se não bastasse – e até agora não ouvi falarem disso –, as conclusões do Recurso Extraordinário n. 641.320, julgado em 2016 pelo Supremo Tribunal Federal, gestaram a Súmula Vinculante n. 56, no sentido de que, se a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso – trazendo essa construção jurisprudencial mais atualizada para o que estamos aqui a tratar –, a falta de dispositivo legal expresso vedando a aplicação da atenuante abaixo do mínimo legal tampouco permite essa consequência por meio de súmula, por meio de resolução, por meio do que queiram colocar. Simplesmente é tecnicamente errado.

Além disso, o fenômeno da pena zero é falacioso – matematicamente já foi demonstrado. Nenhuma das instituições que defende a manutenção da súmula trouxe um caso com seis ou mais atenuantes. É uma questão de metodologia, que é importante para fins de decisão.

A Associação Nacional da Advocacia Criminal requer que a súmula seja cancelada.

Agradeço a atenção e desejo continuidade positiva em relação aos trabalhos.

Obrigado, Excelência.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dr. Victor Minervino.

Chamamos agora, pelo Conselho da Comunidade de Curitiba, o Dr. Bruno Müller Silva e o Dr. Giovanni Diniz Machado da Silva.

Bruno Müller Silva

- Conselho da Comunidade de Curitiba

Muito boa tarde, Exmo. Sr. Ministro Relator Rogério Schietti Cruz, na pessoa de quem cumprimento todos os integrantes da Terceira Seção.

O Conselho da Comunidade de Curitiba vem contribuir neste debate sobre a revisão do entendimento sumulado em questão, um debate essencialmente sobre o tempo, sobre o tempo aflitivo imposto a mais, em decorrência da Súmula n. 231.

Os conselhos da comunidade são órgãos de execução penal fundamentais para a efetivação da democracia e da participação social. Incumbe aos conselhos contribuir em

discussões relevantes como esta, que possam impactar na situação carcerária.

As nossas unidades prisionais, muitas vezes, estão em situações ruins ou péssimas e apresentam sérios problemas estruturais, não conseguindo prover assistência a itens básicos como higiene e alimentação.

Os conselhos contribuem ao prestar assistência material para os presos e seus familiares. No entanto, prestar assistência material e ignorar as causas de longos períodos de encarceramento, como a Súmula n. 231, seria o equivalente, de maneira paradoxal, ao próprio enfraquecimento dos conselhos.

No cotidiano dos conselhos da comunidade, não podemos nos esquecer nunca dos familiares. O tempo aflitivo decorrente do processo de isolamento causado pelo cárcere causa o enfraquecimento de vínculos familiares; faz com que o tempo da prisão seja também uma penalização para a família. O tempo aflitivo imposto a mais também é imposto para os familiares.

O STJ tem a oportunidade de se colocar como parte relevante na superação desse estado de coisas inconstitucional, uma vez que, como se sabe, apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público lato sensu e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional.

Segundo a ADPF 347, a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos Três Poderes, contudo a solução também passa por eles. Hoje a Súmula n. 231 acentua o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

Giovanni Diniz Machado da Silva

- Conselho da Comunidade de Curitiba

Excelências, sabemos que essa é uma afirmativa forte, mas não é exagerada. A fim de verificar nosso ponto, esse argumento do agravamento de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, a Defensoria Pública do Estado do Paraná e o Conselho da Comunidade de Curitiba realizaram pesquisas empíricas que dão contornos reais a essa tese.

Primeiramente, conforme já destacado pela Dra. Andreza há pouco, a defensoria pública oficiou todos os juízos criminais de Curitiba, solicitando uma lista de processos sentenciados do primeiro ao último dia do ano de 2022. Com base nessa lista fornecida por uma das varas criminais da capital, a instituição a separou entre decisões com e sem resolução de mérito, absolutórias e condenatórias.

Focando nas sentenças condenatórias, por óbvio, a defensoria verificou que a súmula incidu sobre 21% das condenações, ou seja, um pouco mais de 1/5 das condenações invocam a súmula, o que é um índice altíssimo, se se considerar que, nas variáveis das dosagens da pena, pode não necessariamente existir uma atenuante a ser reconhecida; ou esta pode existir de fato, porém, ser compensada com uma agravante; ou, então, a pena-base pode ser tão alta que, mesmo com a presença de uma atenuante, essa não será reduzida na sua pena-base aquém do mínimo legal.

Assim, entendemos que 21% é um número de alta expressividade na presença da súmula. Mas esse percentual é ainda maior, é ainda mais alto se considerarmos as condenações em que há efetivamente atenuante reconhecida. Nesse grupo de sentenças condenatórias com atenuantes, a Súmula incide em 49% dos casos, isto é, metade das pessoas que tem em seu favor uma atenuante de aplicação dita obrigatória não desfruta do benefício legal.

Além desses dados de frequência encontrados pela pesquisa da defensoria pública, o Conselho da Comunidade de Curitiba continuou a pesquisa empírica e refez manualmente cada uma das sentenças, cada uma das dosimetrias contidas nessas condenações em que a súmula incidu. Com isso, conseguimos encontrar materialmente que a súmula é responsável pelo incremento médio de 203 dias, quase 7 meses, de uma sanção que, na realidade, deveria ser amenizada de forma cogente pela existência do benefício penal reconhecido em sentença.

Assim, Excelências, podemos dizer, portanto, que a súmula contra legem, sozinha, rouba 203 dias de liberdade de 1/5 de todos os condenados do País. Óbvio que esse número é uma amostragem, mas ele se revela, como disse o Dr. Bruno, não como um exagero, pois não é um exagero dizer que essa súmula tem um impacto no estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Afinal, 7 meses de um quantum de pena é suficiente para agravar a fixação do cumprimento do regime inicial de pena e também para obstar o alcance dos direitos executórios de progressão de regime e livramento condicional, indulto e comutação de penas.

Nessa pesquisa, também conseguimos verificar que a súmula gera uma distorção na política criminal declarada à medida que paradoxalmente tende a punir, de forma mais rigorosa, crimes mais leves e não os mais gravosos. Isso porque os crimes mais graves naturalmente já têm a sua pena-base mais exasperada e, portanto, tende a não incidir a súmula, enquanto os crimes mais leves, por terem penas-bases já baixas, serão mais castigados pela súmula. Isso para nós traduz como a teoria das janelas quebradas e da política da tolerância zero no âmbito da aplicação das penas. Afinal, pune-se mais um crime mais leve e não um mais grave.

Assim como, nos Estados Unidos, dá-se essa experiência dessas teorias, a súmula gera aqui no Brasil efeitos idênticos, ou seja, coloca a máquina estatal para punir, com mais rigor, infrações de caráter mais leve, gera um alargamento da punição e um superencarceramento. Tudo isso contra uma população que tem cor e endereço bem definidos: é contra a juventude negra, pobre e periférica.

Sendo assim, o Conselho da Comunidade de Curitiba requer a superação da Súmula n. 231, agradecendo novamente a iniciativa do Ministro Relator e a atenção de V. Exas.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Muito obrigado, Drs. Giovanni e Bruno.

Agora, o Instituto dos Advogados de São Paulo, na pessoa da professora e Doutora Marina Pinhão Coelho Araújo.

Marina Pinhão Coelho Araújo

- Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP

Boa tarde, Excelências. Cumprimento os Exmos. Ministros Jesuíno Rissato e Rogerio Schietti Cruz e parabeno-os por essa abertura de espaço para a comunidade. Acabamos de ouvir pesquisas e questões tão relevantes para auxiliar na racionalidade jurídica das decisões que demonstram o acertado da decisão de abrir esse espaço para a comunidade.

O IASP, o Instituto dos Advogados de São Paulo, apresentou memorial no sentido do cancelamento da súmula. Temos dois argumentos que, como já foi dito, serão repetidos, mas o serão pela necessidade de se trabalhar a questão da racionalidade de forma muito mais prudente e mais acertada como a Súmula n. 231 não tem feito na nossa comunidade.

Em primeiro lugar, eu gostaria de refutar um argumento que foi colocado aqui de que não temos, Ministro Schietti, de ter novas teses e sim novos olhares sobre os fatos. Quero radicalmente dizer que isso afeta muito a racionalidade jurídica, uma vez que a complexidade da sociedade se altera. Não ter novas teses significa abandonar a racionalidade jurídica para um estado estático de Justiça que destrói e mói pessoas no País, no sistema jurídico penal.

Sim, novas teses e hoje com novos olhares, o que V. Exa. tanto tem feito neste Tribunal, não só pela nova Justiça, mas por um novo olhar sobre a nossa história, sobre a história da sociedade brasileira e sobre a história das pessoas sujeitas ao sistema penal.

A Súmula n. 231 tem, sim, de ser revista e cancelada, porque ela ignora isso, ela ignora a história que foi muito bem trazida aqui principalmente pelo professor Aury. Existe um erro histórico na estruturação dessa súmula. Ela veio num período de transição de interpretação jurídica do novo Código Penal de 1984. O regime trifásico era uma novidade e, sim, muitos problemas daí advieram. Em 1991, os antecedentes dessa súmula começaram a chegar no Tribunal.

Não ter novas teses sobre essa questão significa, sim, fechar os olhos para tudo que está acontecendo hoje no nosso sistema inconstitucional de coisas.

O ponto que eu gostaria de deixar bem evidente é que o Instituto dos Advogados de São Paulo pugna, sim, pela nova tese relacionada à interpretação jurídica e que essa nova

tese é muito simples, fundada em dois argumentos específicos.

Primeiro, não há nenhuma violação ao princípio da legalidade. O limite mínimo da pena é estabelecido e nós do instituto não pensamos, em nenhum momento, em retirá-lo do nosso sistema, mesmo porque este Tribunal não é o legislador. O legislador impôs o limite mínimo da pena, mas, ao mesmo tempo, impôs, em artigos específicos da parte geral, circunstâncias que sempre atenuam e sempre diminuem a pena. Isso não significa, em nenhum momento, destruir ou violar o princípio da legalidade. Trazer essa dicotomia significa, sim, interpretar da forma como o legislador não quis. A súmula, a meu ver, viola a interpretação mais correta da legislação conferida pelo legislador.

Foi muito bem colocada, pela professora Raquel Lima Scalcon, representando o IBCCRIM, o qual tive a honra de presidir em 2021 e 2022, a questão da finalidade da pena e da culpabilidade e reprovabilidade da conduta. Se tenho uma conduta que tem uma reprovabilidade menor e ela está sendo punida da mesma forma que aquela que tem uma reprovabilidade maior, Ministro Jesuíno, estou violando a igualdade do sistema de uma forma contrária ao que o legislador impôs, porque ele diz expressamente que a confissão tem de sempre atenuar a pena.

Essa violação à igualdade das penas é inconstitucional. Assustaram-me os dados trazidos pela Defensoria do Rio de Janeiro e pela Defensoria do Paraná, dizendo que, no Rio de Janeiro, 30% das penas são afetadas por essa súmula; e, no Paraná, 20%. O colega que me antecedeu fez as contas e isso pode significar 7 meses de pena de pessoas no Brasil. Então, a súmula afeta muito a execução da pena no País. A finalidade da pena não está sendo distribuída de forma igual com a aplicação dessa súmula.

Por essas razões, o Instituto dos Advogados de São Paulo pugna pelo cancelamento dessa súmula, deixando bem claro que esse cancelamento não significa, de forma nenhuma, a extinção do mínimo legal estabelecido pelo legislador. Esse cancelamento significa, única e exclusivamente, a utilização das reduções de pena já previstas no Código Penal e no sistema penal aquém do mínimo legal, quando assim o determinar. Não é, em nenhuma instância, a extinção do limite mínimo da pena estabelecida pelo legislador.

Muito obrigada.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dra. Marina.

Teremos agora, por videoconferência, a palavra do Dr. Felipe Martins Pinto, presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG) e do Programa de Extensão Libertas da UFMG.

Felipe Martins Pinto

- Instituto dos Advogados de Minas Gerais - IAMG

Exmo. Ministro Rogério Schietti Cruz, Relator dos recursos especiais que ensejaram essa bem-vinda e alvissareira audiência pública, saúdo na pessoa de V. Exa. os eminentes ministros que participam desta audiência e todos os dignos representantes das instituições, que emprestaram suas relevantes contribuições para o debate do tema. Saúdo, de forma especial, a advocacia e os acadêmicos de direito, nas pessoas dos associados do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, dos membros do Libertas/UFMG, que, nesta oportunidade, me confiaram a honra de representá-los.

Exmo. Ministro Rogério Schietti Cruz, em um cenário de instabilidade política e insegurança jurídica, essa iniciativa, muito além da revisão da Súmula n. 231, tem o condão de reafirmar, uma vez mais, a nobre missão institucional do egrégio Superior Tribunal de Justiça, um órgão que tem marcado sua história por uma fecunda defesa de liberdades.

Em matéria penal, a atribuição do STJ adquire contornos especiais, como muito bem destacou Antônio de Padova Marchi Júnior, em sua tese de doutorado defendida em nossa UFMG, pois, em matéria de exercício do poder punitivo, a legalidade representa contenção e previsibilidade para o poder constituído, ingredientes essenciais para uma democracia.

Assim, nós, processualistas penais, devemos nos despir das vestes de rascunho do

processo civil e temos de assumir o compromisso e o dever de investir, sempre e cada vez mais, na consolidação de uma identidade própria para o processo penal, identidade essa que impõe, como critério para o exercício do *ius puniendi*, a limitação positiva e negativa de intervenção a partir da vontade do povo, vontade essa traduzida em tipos legais.

Então, em um aspecto, a limitação do *ius puniendi*, e, de outra guisa, essa mesma identidade do processo penal desvela uma importante abertura cognitiva a partir dos direitos humanos para que possamos, permanentemente, incrementar novos conteúdos e novos vieses na defesa das liberdades, num caminho único, num caminho sem retrocesso.

O que digo vale especialmente para aqueles direitos humanos escolhidos como fundamentais pelo constituinte, na permanente busca de novos conteúdos e na permanente busca de novos avanços, sempre em defesa das liberdades.

Essa é a silhueta de um processo penal inserido no contexto democrático, que implica, de um lado, a clausura legal do *ius puniendi*, e, de outro, uma busca permanente pela ressignificação dos direitos e garantias individuais para a defesa de liberdades. Insisto, defesa de liberdades. Não é outro o papel do processo penal em um contexto de democracia.

Como ocorre no presente caso, os parâmetros estabelecidos pela fixação da pena no Código Penal representam o limite máximo de rigor para a fixação de pena, mas jamais podem representar o limite máximo de proteção da liberdade, sob pena de indevida quebra de hierarquia entre as normas do ordenamento.

Os enunciados provenientes de normas de direitos humanos se mantêm quase imutáveis desde a positivação originária. No caso dos direitos humanos de primeira geração, os clássicos, boa parte deles relacionados com o controle de *ius puniendi*, remontam ao período contemporâneo à Revolução Francesa. Depois dela, tantos tratados, constituições e códigos espelharam os dispositivos, mas pouco ou nada alteraram nos enunciados.

Quando lançamos um olhar para o século XIX e comparamos com a nossa atual quadra, a alteração que percebemos diz respeito aos conteúdos dos direitos humanos. Boa parte desses conteúdos que nem chegaram a ser positivados foram incorporados pelos ordenamentos. Até porque, para ser conteúdo de direito humano, ampliar proteções e garantias, não é indispensável uma formalização estrita. Essa formalização estrita é indispensável quando se trata de incremento do rigor penal.

Então, já concluindo, em nome da equidade e da individualização das penas, de modo a não se permitir que indivíduos que possuam balizas distintas para fixação da pena recebam o mesmo tratamento, o Instituto dos Advogados de Minas Gerais e o Libertas/UFMG, além de parabenizar a iniciativa e agradecer a oportunidade, aguardam que o profícuo debate permita que a egrégia Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consiga, como resultado, o cancelamento da Súmula n. 231.

Muito Obrigado.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Muito obrigado, professor Felipe.

Vamos agora ouvir o Dr. Pedro Machado de Almeida Castro, Presidente do Instituto da Advocacia Social – INAS.

Pedro Machado de Almeida Castro

- Instituto da Advocacia Social - INAS

Exmo. Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz, na pessoa de quem cumprimento todos os presentes, agradeço a colocação do INAS nesta audiência pública a fim de contribuir no debate.

Por ser de uma instituição, uma associação, da advocacia criminal que pratica, por óbvio, a advocacia privada, mas, pelo instituto, advocacia social, advocacia pro bono, advocacia dativa – e isso é próprio da advocacia criminal e não precisa do instituto; o advogado criminal tem como filosofia, como cultura, essa atuação pro bono –, não temos o privilégio, mas temos a visão privilegiada do sistema.

Podemos claramente ver as diferenças, dentro da advocacia privada e dentro da advocacia social, do que acontece com os acusados. Isso porque a grande maioria, pelo

menos as mais importantes, das mais comuns causas de atenuação ocorrem na fase do inquérito policial. A confissão, a reparação ou minoração do dano ocorrem, em regra, na fase do inquérito.

Para a pessoa que pode pagar um advogado e é acompanhada de uma defesa técnica, ela tem ao menos o poder de escolha se, naquele momento, vai reparar, vai confessar, vai indicar elementos de prova. Esse é o poder que tem a pessoa que possui condições de ter um advogado privado.

Na advocacia pro bono, assim como na defensoria pública, não em razão e por culpa da instituição, mas por culpa da ineficiência estatal, essa defesa técnica só vem a chegar depois da denúncia. A defensoria, em regra, só passa a atuar, assim como nós, pro bono e dativo, depois da denúncia, depois que réus desamparados, sem uma defesa técnica, pobres invisíveis, já confessaram.

Então, o que o instituto tem a contribuir, corroborando tudo que já foi falado pelo cancelamento da súmula, é que esta súmula não beneficia ninguém nem mesmo a sociedade, porque ela só aumenta o abismo econômico e social. Repetindo: aquele que tem uma defesa técnica tem ao menos o poder, na fase do inquérito, que é onde acontece a grande maioria das causas de atenuação, de escolha; já o pobre, o invisível, não. E volto a repetir que isso não é culpa da defensoria pública, e sim uma deficiência estatal.

Vi outro dia um estudo da Anadep, salvo engano, de que a defensoria está presente em no máximo 30% do território nacional. Nem mesmo que a defensoria estivesse atuando na fase do inquérito seria possível dar a essas pessoas hipossuficientes uma defesa técnica.

Impressiona-me, mas não me surpreende, a visão que trouxe o Ministério Público, porque a confissão do rico, a confissão do colarinho branco, que muitos promotores estudam, escrevem e defendem, essa confissão se chama delação premiada, em que as penas são combinadas e o cumprimento se dá em uma casa de veraneio. Já a confissão do pobre eu poderia dizer que é a dureza da lei, mas nem isso, porque, como se trouxe aqui, a lei não proíbe essa aplicação aquém do mínimo legal.

Agradecendo a oportunidade, Excelências, o INAS se manifesta pelo cancelamento da Súmula n. 231.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, Dr. Pedro Machado.

Vamos ouvir agora o Dr. Fernando Castelo Branco, pelo Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – Cesa.

Fernando Castelo Branco

- Centro de Estudos das Sociedades de Advogados - Cesa

Srs. Ministros Rogério Schietti Cruz e Jesuíno Rissato, saúdo V. Exas. agradecendo a oportunidade de participar desta audiência; saúdo também o Ministério Público, na presença do senhor procurador, meus colegas advogados, senhores serventuários da Justiça.

Não venho a esta tribuna com a pretensão de primar pelo ineditismo, mas prometo a V. Exas. que vou respeitar o inexorável reflexo que as toxinas da fadiga acabam gerando depois de quase 4 horas ininterruptas desta tão profícua audiência.

O Cesa é uma entidade de cunho nacional e que talvez, por essa razão, tenha a possibilidade plural de ver regionalizada a questão deletéria da Súmula n. 231, que gera, em sua interpretação jurisprudencial, um verdadeiro engessamento indevido da norma penal. Obviamente que o resultado disso é ferir de morte não só o princípio da individualização da pena, mas também o da isonomia e o da ilegalidade.

Duas formas básicas de ferimento vêm expostas na experiência de vida que tanto eu como os meus colegas que me antecederam somos capazes de ilustrar, inclusive com dados muito importantes no âmbito estatístico.

A primeira delas é direta e objetiva, acatando os ditames do teor da Súmula n. 231. Quanto à segunda, quero contar um “causo” em que este advogado, no seu exercício ininterrupto de mais de trinta anos de advocacia criminal, teve uma conversa despreziosa

com um amigo juiz, hoje aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ele dizia-me que, na aplicação da pena em situações iguais em que um dos acusados, superveniente condenados, mereceria uma atenuante, mas que geraria um desequilíbrio, ele, aplicando a pena-base no mínimo legal e percebendo essa necessidade da aplicação da atenuante, sem querer adentrar na questão contraditória e não pacífica da súmula, voltava à pena-base, aumentando-a a fim de comportar a minorante devida. Então, ele chamou isso de malabarismo judicial: “Fernando, é um mero malabarismo judicial que fazemos para a questão de equidade e adequação.”

Ora, é evidente que esse tipo de contorcionismo, no âmbito do nosso processo penal, por todos os princípios, por todas as evidências e por principalmente atacar e ensejar um ferimento ainda maior a uma população vulnerável, é absolutamente inadequado. É claro para mim, com uma clareza solar, que o advérbio de tempo do art. 65 não comporta qualquer subjetividade. “Sempre” é a determinação temporal que vem aquilatada no art. 65.

Queria, por derradeiro, agradecer o hercúleo trabalho, em tempo recorde, do nosso comitê de Direito Penal do Cesa, que pôde trazer uma contribuição que julgo relevante a essa arejada e oxigenada oportunidade que o Superior Tribunal de Justiça e principalmente V. Exa. propiciaram para o debate jurídico, prevalecendo os interesses da nossa democracia.

Muito obrigado.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Agradeço ao Dr. Fernando Castelo Branco.

Agora teremos uma participação híbrida, uma parte presencial e uma parte por videoconferência. A Dra. Ilana Martins Luz, professora e Doutora da USP, está presente como especialista; e, por videoconferência, ouviremos a Dra. Danyelle da Silva Galvão, também professora e Doutora da USP.

Danyelle da Silva Galvão

- Professora e Doutora da USP

Exmo. Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, na pessoa de quem renovo todos os cumprimentos que já foram feitos anteriormente, em razão da celeridade e da brevidade do tempo que foi concedido a todos.

Boa tarde a todos.

Eu e a Dra. Ilana apresentamos um parecer no sentido de uma necessidade de rediscussão e de uma possibilidade de revogação da Súmula n. 231, primeiro, antes de adentrar no mérito, justificando que entendemos que há, sim, a presença de elementos caracterizadores e modificadores das situações fáticas e jurídicas.

Então, antes de adentrar no mérito, entendemos pertinente apontar que, desde a edição da Súmula n. 231, no começo dos anos 2000, houve uma mudança drástica em relação às questões fáticas e às questões jurídicas que justificam, nos termos da legislação, especialmente do art. 927 do Código de Processo Civil, uma alteração e uma rediscussão dessa súmula.

Em primeiro lugar, não se discute e não se esquece sobre a existência do Tema de Repercussão Geral n. 158 do Supremo Tribunal Federal justamente sobre o mesmo tema, mas, por outro lado, desde a edição deste tema de repercussão geral, também são verificadas essas questões e essas mudanças de hipóteses fáticas e questões jurídicas.

Trazemos alguns dados que, a nosso ver, são bastante relevantes. No ano 2000, 1 ano após a edição da súmula por este STJ, a nossa população carcerária totalizava 232 mil presos. Em 2009, no ano em que foi firmado o Tema n. 158 pelo Supremo Tribunal Federal, a população carcerária já alcançava um montante de 473 mil presos. Atualmente o número total da população carcerária é de 832 mil presos. Então, a nosso ver, há, sim, uma mudança de quadro fático a justificar uma rediscussão da súmula justamente para falar sobre a fixação da pena aquém do mínimo.

Além disso, há outras questões de repercussão jurídica não só fáticas de encarceramento: admissão de um estado inconstitucional de coisas em relação ao sistema penitenciário,

que já foi trazido anteriormente por outros colegas; a ampliação da Justiça negocial; e a autorização e utilização de institutos despenalizadores – inclusive, passa a não ter mais o encarceramento da forma que temos. Por fim, uma flexibilização do princípio da legalidade, inclusive aceitando os acordos de colaboração premiada com sanções atípicas, que, não tão longínquo, vêm no nosso ordenamento jurídico.

Então, diante dessas inegáveis alterações fáticas e jurídicas, Exmo. Ministro Rogerio Schietti Cruz, entendemos, justificamos e defendemos a possibilidade, sim, de discussão e a possibilidade, sim, de revogação da súmula.

Quanto ao mérito, passo para minha colega.

Muito obrigada.

Ilana Martins Luz

- Professora e Doutora da USP

Boa tarde a todos. Renovo aqui os cumprimentos na pessoa do Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz.

Quanto ao mérito da súmula, o que temos a dizer, eu e a Dra. Danyelle, é que essa súmula é fundada em três premissas que são equivocadas. A primeira delas é a de que não haveria autorização legal expressa para reduzir a pena aquém do mínimo. Ora, Excelência, essa autorização expressa é desnecessária. Primeiro, porque o próprio art. 65 fala que as circunstâncias sempre atenuam a pena, ou seja, sempre. Não é uma expressão polissêmica, não é uma expressão contraditória, é uma expressão clara. Em segundo lugar, porque, ainda que não houvesse aí essa expressão “sempre”, é possível sempre flexibilizar o princípio da legalidade em favor do acusado. Isso acontece tanto na retroatividade benéfica quanto na analogia in bonam partem. Isso já foi reconhecido pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e também pela do STF, em diversas oportunidades.

Reitero os argumentos em relação à colaboração premiada. Foram diversas colaborações premiadas fixadas com sanções atípicas tanto em relação à quantidade de

pena quanto à forma de cumprimento da sanção.

Também trago um exemplo do Tema n. 1120 deste STJ, que diz respeito à questão da remissão pelo estudo, na época da Covid-19. Mesmo que os presos não conseguissem estudar por conta da Covid-19, houve autorização para remissão da pena neste período. Isso não teve qualquer autorização legal, mas foi permitido por esta Corte.

Um outro ponto que eu queria trazer é que o argumento de que as atenuantes não são tarifadas é falho. A jurisprudência desta Corte já tem o entendimento de que há esta tarifação de 1/6 à luz de uma interpretação sistemática do ordenamento.

Por fim, já concluindo, eu gostaria de afirmar que o argumento do risco da pena zero é falho e matematicamente equivocados. Todos sabemos que a aplicação da pena ocorre em cascata, então, por mais que tenhamos seis atenuantes, sempre vai incidir 1/6 sobre a pena e a operação subsequente. Matematicamente, é impossível ter uma pena zero. Então, esse argumento é falacioso, é falso, é matematicamente infundado e não serve para manutenção da súmula.

Reitero o agradecimento pela oportunidade de poder contribuir com este debate.

Muito obrigada.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Muito obrigado, professoras Danyelle e Ilana.

Agora, presencialmente, ouviremos o Dr. Jorge Bheron Rocha, professor universitário e Doutor em Direito Constitucional.

Jorge Bheron Rocha

- Professor universitário e Doutor em Direito Constitucional

Cumprimento a todos e a todas na pessoa do Exmo. Ministro Rogerio Schietti Cruz, parabenizando-o pela ampliação real do debate democrático, tendo em vista a multiplicidade de visões e de instituições que aqui estiveram presentes, especialmente o conselho da comunidade, que traz uma visão diferente, jurídica, mas uma visão também social.

Início falando que a Súmula n. 231, como já enfatizado, não sobrevive a um olhar atento, em conformidade com uma leitura conjunta e harmônica dos artigos que já foram multicitados e com a própria Constituição. Afinal de contas, as normas infraconstitucionais devem ser lidas a partir da Constituição e não o contrário.

Como diria o professor Jónatas Machado:

“Todo direito infraconstitucional só pode ser entendido como um direito constitucional concretizado”.

O Tema n. 190 desta Corte Superior, já falado aqui pelas defensorias e por outras pessoas que me antecederam, está muito superado, tendo em vista que tanto o STJ quanto o STF já admitem a extrapolação da pena máxima e também que se venha alguém da pena mínima na terceira fase. Então, o Tema n. 190 não encontra guarida real quando se diz que não se pode extrapolar os limites máximo e mínimo.

Quanto ao Tema n. 158 do STF, ele melhor se ajusta a uma interpretação que leva em consideração que a atenuante que se relaciona ali é, sim, a disposta no art. 66, e não as atenuantes do art. 65, devido à distinção entre a redação empregada pelo legislador, de forma expressa no art. 65, quando diz que poderá ser reconhecida a atenuante, enquanto, no art. 65, diz que sempre deverá atenuar a pena. Então, o Tema n. 158 do STF fica melhor entendido se pudermos ler como sendo a atenuante prevista no art. 66, e não a atenuante prevista no art. 65.

Para demonstrar essa desarmonia da Súmula n. 231 com as disposições constitucionais, eu trouxe dois casos concretos que mostram os efeitos deletérios dessa Súmula n. 231, para além daqueles efeitos que já foram falados de casos muito parecidos com penas iguais.

Tenho um caso de uma pessoa A que foi condenada a uma pena de 12 (doze) anos, em que foi reconhecida uma atenuante da confissão. Essa atenuante da confissão diminuiu a pena para o mínimo, anulando, digamos assim, um incremento que houve na primeira fase.

Houve o recurso solicitando o reconhecimento de mais três atenuantes e o acórdão do tribunal de justiça disse o seguinte:

“No que tange ao pleito de aplicação de atenuantes constantes no art. 65, III, a, b, c e d, tem-se que a sentença recorrida na segunda fase aplicou a atenuante da confissão, reduzindo a basilar para o mínimo legal. Por mais que fosse possível proceder ao reconhecimento de outras circunstâncias, o quantum não seria reduzido.”

Ou seja, uma negativa de sequer apreciar a existência e o reconhecimento de atenuantes pelo simples fato de que, mesmo que fossem reconhecidas, não haveria uma alteração da pena final.

O outro caso é ainda muito mais estranho, em que pessoas foram condenadas, tendo sido reconhecidas duas circunstâncias negativas e tendo sido reconhecida a confissão. Na operação matemática, o aumento na primeira fase com a diminuição da segunda levou ao mínimo legal.

Na apelação, pediu-se que fossem afastadas, decotadas, as circunstâncias judiciais da primeira fase, tendo o tribunal de justiça, em decisão monocrática – sequer chegou ao órgão colegiado –, entendido que não valia a pena analisar as circunstâncias judiciais do art. 59, tendo em vista que, ao final, apenas seria o mínimo legal, então, não valeria a pena sequer apreciá-las.

Percebemos que os efeitos deletérios da Súmula n. 231 vão para além daqueles que foram falados aqui. Isso demonstra que, às vezes, sequer são apreciadas as atenuantes e, quando são apreciadas e reconhecidas, não são aplicadas. Não entendemos que exista paralelo nas circunstâncias que exasperam a pena, porque, se for na qualificadora, se for mais de uma, podem ser deslocadas para outras fases; se forem majorantes, podem ser deslocadas para outras fases. Então, não vimos nem percebemos que isso ocorra em nenhum outro momento, com circunstâncias que exasperem, que elas sejam reconhecidas; elas sempre são aplicadas.

Para finalizar a minha fala, lembro a lição do professor Manuel da Costa Andrade, que

diz: “O Direito Penal protege bens jurídicos quando ele incrimina condutas, mas também quando ele não incrimina.”

Então, o sistema penal, a proteção eficiente, que foi falada aqui anteriormente, não funciona apenas quando ela condena; a proteção eficiente também vai ocorrer quando se absolve; a proteção eficiente também ocorre quando não se condena de maneira errônea, não se condena de maneira desnecessária e não se condena de maneira excessiva.

A norma penal deve ser escudo e não uma lança longa, que, embora podendo fustigar os resplandecentes elmos dourados, procura invariavelmente os pés descalços.

Muito obrigado, Excelência.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, professor Jorge Behron Rocha.

Na sequência, ouviremos o Dr. Leonardo Massud, professor de Direito Penal da PUC/SP, a quem agradeço por um livro que me foi enviado.

Leonardo Massud

- Professor de Direito Penal da PUC/SP

Exmo. Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz, cumprimento, na pessoa de V. Exa., todas as pessoas que me antecederam, as que se encontram presentes aqui e também as que se encontram virtualmente.

Cumprimento V. Exa. pela iniciativa de trazer a debate um tema tão caro ao Direito Penal do mundo real e que afeta a vida e o tempo de tantas pessoas.

Excelência, eu gostaria de fazer dois registros antes de tratar do argumento que eu tinha me proposto a trazer para o debate.

O Ministério Público falou de ampla indeterminação quando da possibilidade da fixação da pena aquém do mínimo legal e ficou assombrado com essa possibilidade, mas o mesmo Ministério Público não se assombra quando ele, Ministério Público, tem a possibilidade de ampla indeterminação e do poder imperial de conferir perdão judicial quando lhe convém, nos casos de colaboração premiada.

A pena abaixo do mínimo viola o princípio da legalidade, o que também foi dito aqui da tribuna. Há uma confusão enorme sobre a origem e o objetivo do instituto. O Princípio da legalidade nasce a partir do iluminismo contra o Estado absolutista para descortinar e limitar a atuação do Estado e não para impedir que alguém possa ter atenuada a sua pena diante da presença de elementos concretos ali estabelecidos no art. 65.

Feitas essas duas observações, o argumento que parece ainda ter sobrevivido e que talvez tenha alguma serventia é a questão da finalidade de pena, Excelência. Pouco foi dito aqui sobre a finalidade da pena e é ela quem deve orientar a interpretação das normas relativas à sua fixação.

Infelizmente o nosso legislador constitucional, apesar das suas inúmeras qualidades, esqueceu de trazer uma política criminal relativamente à fixação da pena, e ficamos com a ideia do art. 59 de reprovação e prevenção. Quanto à reprovação, nenhum matemático conseguiu ainda estabelecer a correspondência entre bens jurídicos como vida, liberdade sexual, honra, integridade física e quantidade de pena; tampouco é possível falar em prevenção, pois é algo intangível. Não sabemos sequer a quantidade de crimes que são cometidos, como fala a criminologia quando cita as cifras ocultas, que dirá os crimes que não foram cometidos e por quais motivos não o foram, diante, inclusive, da possibilidade das outras instâncias informais de controle social como a educação, a escola, a família, a religião etc.

Na verdade, temos, no nosso ordenamento jurídico, o mandamento para além do art. 59, que é o Pacto de São José da Costa Rica, trazido pelo Decreto Legislativo n. 27/1992, que estabelece, sim, qual é a preponderância da finalidade da pena no momento da dosimetria.

Diz o art. 5º, n. 6:

“As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a

readaptação social dos condenados.”

Ou seja, o pacto, que, para alguns, já tinha status constitucional mesmo antes da Emenda n. 45 ou que passou a tê-lo depois dela, ou, ainda que não fosse assim, num status de norma supralegal, inclusive posterior à parte geral do art. 59, trazido pela reforma de 1984, diz qual é a finalidade essencial da pena. É com base nessa finalidade essencial da pena, tão esquecida nos manuais de Direito Penal e também pela jurisprudência – e tão pouco citado o pacto quando se trata de fixação da pena –, que se deve orientar a interpretação relativamente à palavra “sempre” prevista ali no art. 65.

Então, dado o adiantado da hora e não querendo me estender para além do tempo, em homenagem à finalidade da pena, porque o Direito não é um fim em si mesmo, e atendendo também ao princípio da equidade e da individualização concreta e real da pena, é que também venho a esta tribuna pedir a revogação da Súmula n. 231.

Muito obrigado.

Rogério Schietti Cruz

- Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Obrigado, professor Leonardo Massud.

Com isso, concluímos a oitava. Foram 44 oitavas, que contribuíram decisivamente para este debate.

Antes de encerrar, quero agradecer por termos conseguido fielmente cumprir os prazos. Todos foram muito colaborativos. Peço até desculpas por ter eventualmente cerceado o aporte de argumentos que serão considerados por nós, quando formos julgar os recursos especiais, mas, diante do tempo que nos foi poupado, concedo o habeas corpus de ofício e faculto a alguém que não teve a oportunidade de ser ouvido que faça uso da palavra aqui ou virtualmente, se assim o desejar. Caso contrário, agradeço a presença de todos.

Quero agradecer ao representante do Ministério Público, Dr. José Adônis Callou de Araújo Sá, ao Dr. Gilberto Ferreira Costa, à Dra. Helena Zani Morgado, a todos os servidores que tornaram possível a realização deste encontro; ao Ministro Jesuíno Rissato; a presença também dos Colegas que estão virtualmente e os que estiveram aqui presentes: Ministro Sebastião Reis Júnior, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca e Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Os demais ministros justificaram a impossibilidade de estarem aqui. Por fim, agradeço aos que nos acompanharam virtualmente.

Agora é reunir este material, analisar detidamente cada um dos argumentos e submeter a questão à consideração da Terceira Seção, onde esses recursos especiais serão julgados.

Muito obrigado a todas e a todos.

Declaro encerrada esta primeira audiência pública da Terceira Seção do STJ.

Audiência Pública na forma híbrida (presencial e por videoconferência)
do Superior Tribunal de Justiça, 17/5/2023

SAFS - Quadra 06 - Lote 01 - Trecho III
Edifício dos Plenários - Térreo
CEP: 70095-900 - Brasília - DF
Fone: (61) 3319-8888