



**EXCELENTÍSSIMO MINISTRO ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, RELATOR  
DOS RECURSOS ESPECIAIS 2052085/TO, 1869764/MS e 2057181/SE DO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**O INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM**, entidade de âmbito nacional, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 68.969.302/0001-06, com sede estatutária na Rua Onze de Agosto, 52, Centro, São Paulo/SP, vem respeitosamente, por seus procuradores (*documentos anexos*), ofertar parecer técnico, atendendo à convocação da Colenda Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de fornecer informações úteis ao debate a ser realizado na audiência pública designada para 17.05.2023, na qual se discutirá eventual alteração e ou revogação do enunciado da Súmula 231 deste Superior Tribunal de Justiça.

**1- DO TEOR DA SÚMULA 231 E AS APARENTES RAZÕES QUE A  
FUNDAMENTAM**

Prevaleceu na jurisprudência desta Corte e, majoritariamente, dos Tribunais nacionais, o entendimento no sentido de que *“a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”*, o qual veio a ser sumulado em 15/10/1999 (Súmula 231, STJ).



A análise proposta, no sentido de rever os termos do enunciando da Súmula e de promover seu eventual cancelamento ou alteração, demanda exame dos fundamentos jurídicos que sustentam o entendimento atualmente em vigor.

Uma análise dos precedentes da Súmula 231, contudo, não permite extrair conclusões seguras a respeito de tais fundamentos. Em muitos julgados, a fundamentação das decisões invoca uma proibição absoluta, que supostamente se basta em si mesma, com a afirmação de que *“no direito brasileiro, não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante”* (REsp 46.182/DF, 49.500/SP)<sup>1</sup>.

Ainda assim, é possível identificar dois grandes conjuntos de argumentos.

O primeiro deles parece residir em uma tradição histórica da legislação brasileira. Afirma-se que *“em momento algum na nossa história legislativa foi permitido estabelecer-se pena inferior ou superior ao mínimo legal, em razão dos sistemas de aplicabilidade”* (REsp 7.287/PR<sup>2</sup>) e, ainda, que *“desde a elaboração do Código Penal de 40, passando pelas diversas alterações, até se atingir a modificação ampla realizada pela Lei n. 7.209/1984, nunca predominou – nem sequer mereceu destaque – o entendimento de que as agravantes e atenuantes (ao contrário das majorantes e minorantes) pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei* (REsp 146.056/RS<sup>3</sup>). De fato, o Código Penal de 1890 já dispunha que, na presença de uma ou mais circunstância atenuante, a pena seria fixada no mínimo (art. 62, §3º) e o Código Penal de 1940 previu expressamente a proibição de fixação da pena aquém do mínimo legal na hipótese de participação de menor importância (art. 48, parágrafo único).

---

<sup>1</sup> STJ, REsp n. 46.182/DF, relator Ministro Jesus Costa Lima, Quinta Turma, julgado em 4/5/1994, DJ de 16/5/1994, p. 11779 e REsp n. 49.500/SP, relator Ministro Assis Toledo, Quinta Turma, julgado em 29/6/1994, DJ de 15/8/1994, p. 20346.

<sup>2</sup> STJ, REsp n. 7.287/PR, relator Ministro William Patterson, Sexta Turma, julgado em 16/4/1991, DJ de 6/5/1991, p. 5674

<sup>3</sup> STJ, REsp n. 146.056/RS, relator Ministro Felix Fischer, julgado em 07/10/97, DJ de 10/11/97, p. 6.



Já o segundo grupo de argumentos sustenta que, de acordo com o sistema trifásico adotado pelo Código Penal, circunstâncias atenuantes possuem natureza diversa das causas especiais de diminuição, e apenas essas poderiam conduzir a pena a quantidade abaixo do mínimo ou acima do máximo previsto para o tipo. Circunstâncias atenuantes não possuem patamares de redução previstos pelo legislador, de modo que a quantificação da atenuante seria uma tarefa *judicial*, diferentemente das causas de diminuição, cujos percentuais de redução de pena estão expressamente previstos pelo legislador.

Ilustrativamente, cita-se aqui o afirmado em precedente desta Corte: “A atenuante não se confunde com a causa especial de diminuição da pena. A primeira enseja o juiz, nos limites da cominação, reduzir a pena-base. A redução, pois, não pode transpor o mínimo na lei. A segunda, sim, conduz a grau menor porque o legislador afetou o quantum da cominação” e “em se tratando de atenuante, o quantum da oscilação é relativo à pena-base, trabalho exclusivamente do magistrado, jungido, porém aos limites da cominação legal. Não pode ultrapassar para mais ou beneficiar para menos” (REsp 15.691/PR)<sup>4</sup>.

Como é fácil constatar, ambos os grupos de argumentos se apoiam substancialmente no direito positivo. Eles parecem enxergar nas regras de dosimetria da pena uma mera sequência de atos a que o magistrado está vinculado, sem observar o conteúdo e o sentido das circunstâncias que o legislador concebeu como hipóteses que “sempre” atenuam a pena de um condenado. Sob pena de se consagrar uma proibição irrefletida é, portanto, imprescindível compreender o papel que as circunstâncias atenuantes previstas no artigo 65 do Código Penal exercem no processo de aplicação da pena e qual a natureza de seu conteúdo.

---

<sup>4</sup> STJ, REsp n. 15.691/PR, relator Ministro Pedro Acioli, relator para acórdão Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 1/12/1992, DJ de 3/5/1993, p. 7812.



## 2- PAPEL E CONTEÚDO DAS ATENUANTES DO ARTIGO 65 DO CÓDIGO PENAL NA FIXAÇÃO DA PENA

### 2.1 - O PAPEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS ATENUANTES NO SISTEMA TRIFÁSICO ADOTADO PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O atual sistema de dosimetria da pena consagrado na Parte Geral do Código Penal adotou o critério trifásico (art. 68, CP) defendido na doutrina jurídico-penal por Nelson Hungria, segundo o qual a pena será estabelecida em três fases: na primeira, o juiz orienta-se pelas circunstâncias judiciais previstas no *caput* do art. 59, com maior discricionariedade para individualizar a pena que seja suficiente e necessária no caso concreto, de acordo com as condições pessoais do acusado. Na segunda, são consideradas as circunstâncias legais, hipóteses agravantes e atenuantes que *sempre* agravarão a pena, salvo se já constituírem elemento do crime ou o qualificarem, e que *sempre* a atenuarão quando presentes.

Boa parte da doutrina jurídico-penal classifica as circunstâncias atenuantes e agravantes como “obrigatórias”, precisamente em razão da locução “sempre”. Aqui, o único espaço de discricionariedade do magistrado estaria na determinação da quantidade de aumento ou diminuição, já que o Código não prevê quantidades fixas de atenuação ou agravamento.

Por fim, na terceira fase, o magistrado estaria estritamente vinculado às hipóteses consideradas pelo legislador como causas especiais de aumento ou diminuição, cujos percentuais, fixos ou variáveis, estão já previstos em lei. Aqui, a discricionariedade do juiz se vê ainda mais reduzida, limitando-se apenas à determinação do percentual de aumento ou diminuição naquelas causas que possuem percentuais variáveis ou à possibilidade de considerar apenas uma causa especial de aumento ou de diminuição da Parte Especial, quando várias estiverem presentes.



Esse sistema de três fases revela que os fatores que incidirão sobre a pena possuem *naturezas distintas*.

As circunstâncias judiciais, cujo manejo fica integralmente a critério do juiz (que decide tanto os fatores que poderão ser considerados para valoração, como o peso que terão na fixação da pena-base), servem à individualização da pena ao caso concreto, levando em consideração, especialmente, a pessoa do condenado (são cinco circunstâncias judiciais de natureza subjetiva).

As atenuantes e agravantes, por sua vez, são hipóteses valoradas previamente pelo legislador e não se referem àquele caso concreto ou àquele condenado, mas sim, a qualquer delito ou agente. Quanto a elas, a discricionariedade judicial, como dito, limita-se ao percentual de aumento ou diminuição: na sua presença, elas devem *sempre* ser aplicadas pelo juiz.

E, de fato, a antiga disputa entre o sistema bifásico sustentado na doutrina jurídico-penal por Roberto Lyra e o sistema trifásico de Nelson Hungria versava precisamente a respeito do grau de discricionariedade concedido ao juiz na aplicação da pena. Segundo o modelo bifásico, a determinação da pena deveria dividir-se em duas fases: na primeira, o magistrado avaliaria em conjunto circunstâncias judiciais e legais (agravantes e atenuantes) para fixar uma pena-base entre os limites mínimo e máximo previsto pelo tipo. Em seguida, aplicaria as causas especiais de aumento e diminuição, momento em que os marcos mínimo e máximo poderiam ser ultrapassados.

A crítica a esse modelo, expressada por inúmeros adeptos do modelo trifásico, voltava-se especialmente ao fato de que uma valoração conjunta de circunstâncias judiciais e legais poderia levar ao arbítrio judicial, desafiando a exigência de motivação judicial. O sistema trifásico, além de garantir maior controle sobre o raciocínio judicial<sup>5</sup>, deixa evidente a *diferença qualitativa* entre as

---

<sup>5</sup> Exposição de Motivos do Código Penal, n. 51.



circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais, essas hierarquicamente superiores àquelas.

Nessa polêmica, o sistema adotado pelo Código Penal brasileiro desde 1984 optou por conferir *maior peso* às circunstâncias legais como fator de determinação da pena, “*assegura às agravantes e atenuantes o relevo que este lhe quis dar. Elas não se apagarão, confundidas com as outras, chamadas judiciais do art. 42 (...)*”<sup>6</sup>.

## 2.2 - CONTEÚDO DAS CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS ATENUANTES

O que justificaria a previsão, pelo legislador, de circunstâncias que *sempre* atenuam a pena de qualquer acusado em qualquer caso? As hipóteses previstas no artigo 65 do Código Penal igualmente possuem naturezas distintas, que ora revelam ou um menor desvalor do injusto, ora uma culpabilidade reduzida do agente, à exceção da confissão, cujas razões de justificação encontram outros fundamentos.

### 2.2.1 - Culpabilidade reduzida

O Direito Penal adotado no Brasil e na maior parte dos ordenamentos de tradição romano-germânica é um *Direito Penal da culpabilidade*: a culpabilidade fundamenta a pena e, na sua ausência, isenta o agente de punição por um fato típico e antijurídico. Ocorre que, em determinadas hipóteses, ainda que presente a culpabilidade, não se pode fazer um juízo de reprovabilidade completo ao agente.

Tais circunstâncias podem dizer respeito ao potencial conhecimento do injusto (como no erro de proibição vencível), ao poder agir de modo diverso (como na coação moral resistível) ou à exigibilidade de conduta diversa (como

---

<sup>6</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*, t. 3.3. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 160.



no estado de necessidade exculpante) e, com maior razão, podem dizer respeito a condições biológicas (como a menoridade penal) e psíquicas (como a deficiência mental que impede a completa compreensão do caráter ilícito do fato).

Em tais hipóteses, é um imperativo de justiça que o reproche penal que se faça contra o agente e a sanção penal a ser aplicada levem em conta a *anormalidade das circunstâncias em que age*. A aplicação de uma pena que ignora a presença de um fator que afete a capacidade de agir de modo diverso do agente não representa outra coisa senão uma *pena sem culpabilidade*.

As hipóteses de culpabilidade reduzida previstas pelo legislador como circunstâncias atenuantes – portanto, aplicáveis a qualquer condenado – são a menoridade relativa e a velhice, o desconhecimento da lei, a coação moral resistível, cumprimento de ordem superior, a violenta emoção e a prática do fato sob influência de multidão em tumulto. Dentre todas, a menoridade relativa é considerada a mais relevante de todas as circunstâncias de determinação da pena na segunda fase.

De fato, o Direito Penal brasileiro, desde o Código Penal do Império (art. 8, nº 10) *nunca deixou* de reconhecer aos menores de 21 anos a presunção de uma personalidade ainda em formação, uma fase de transição entre a adolescência e a maioridade penal, na qual a responsabilidade do agente seria atenuada. O mesmo limite de 21 anos foi disposto pelo Código Penal de 1890 (art. 42, §11) e pelo Código Penal de 1940 (art. 48, inciso I). O Código Penal em vigor, em seu artigo 65, inciso I, mantém, assim, uma tradição de quase 200 anos.

Da mesma forma, a velhice, historicamente, foi prevista pelo Código Penal do Império (art. 45) como um fator redutor da gravidade da pena em execução, prevendo a substituição da pena em cumprimento por prisão com trabalho quando o agente fosse condenado a galés e chegasse aos 60 anos de idade. Como fator de atenuação da pena foi previsto pelo Código de 1940 ao agente com idade superior a 70 anos, ao lado da menoridade relativa.



A Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 modificou a previsão anterior, limitando a aplicação da atenuante àquele que possua mais de 70 anos na data da sentença, desvirtuando a natureza desse fator como hipótese de culpabilidade reduzida para transformá-lo em uma opção de política criminal. Fato é que a velhice é tradicionalmente avaliada pela doutrina jurídico-penal como fator debilitante das funções psíquicas, merecedor de atenção das legislações e justificador de uma pena reduzida<sup>7</sup>.

Boa parte das demais hipóteses atenuantes que revelam uma culpabilidade reduzida também possuem um longo histórico na legislação brasileira e seu conteúdo foi sendo adaptado às alterações na sistemática do Código, levando em conta o avanço da teoria do delito. Assim, o desconhecimento da lei já vinha esboçado no Código Penal de 1890 (art. 42, §1º) como “não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal e direta intenção de o praticar” e, no Código Penal de 1940, como “a ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando escusáveis”. A coação e o cumprimento de ordem superior igualmente foram consagrados pelo legislador penal, respectivamente, no Código Penal de 1890 (art. 42, § 7º e 8º) e no Código Penal de 1940 (art. 42, inciso IV, alínea c). A prática do fato sob influência de violenta emoção foi tratada pelo Código Penal de 1890 como “ter precedido provocação ou agressão da parte do ofendido” (art. 42, §5º) e pelo Código Penal de 1940 como “influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima” (art. 48, inciso IV, alínea c), incluindo, também, o agir sob influência de multidão em tumulto (art. 48, inciso IV, alínea e).

Todas essas circunstâncias demonstram o mesmo: a impossibilidade de um reproche completo ao agente. Aquele que não possui pleno desenvolvimento biológico ou cujas capacidades psíquicas estão afetadas pelo avanço da idade,

---

<sup>7</sup> Por todos: LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*, v. 2, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955, pp. 352-355.





aquele que desconhece o conteúdo de proibição do fato, podendo informar-se a seu respeito, aquele que age sob coação a que podia resistir, aquele que age em cumprimento a ordem de autoridade superior, ou sob influência de violenta emoção provocada pela vítima ou sob a influência de multidão em tumulto não pode responder *integralmente* pelo seu fato. A redução de pena imposta pelo Código Penal ("*sempre atenuam*") atende às exigências de um Direito Penal da culpabilidade: apenas se reprova aquilo que o agente *podia conhecer e evitar*.

### **2.2.2 – Menor desvalor do injusto**

Hipóteses que revelam um menor desvalor do injusto também não podem ser apenadas como se houvesse a prática de um injusto completo. O Código Penal em vigor consagra três hipóteses: os motivos relevantes, o arrependimento e a reparação do dano. Os motivos relevantes serão tratados ao final, em virtude de natureza peculiar, considerada tradicionalmente pela doutrina como uma hipótese de menor "reprovabilidade".

Aquele que se arrepende de seu ato e procura, espontaneamente e com eficiência, evitar-lhe ou minorar-lhe suas consequências não merece as mesmas penas daquele que prossegue no plano criminoso e permite que o risco que criou produza seus efeitos no resultado. Trata-se de hipótese consagrada pelo Código Penal em outros dispositivos, nomeadamente, causas especiais de diminuição de pena (como os artigos 15 e 16 do Código Penal, que regulam a desistência voluntária e arrependimento eficaz e o arrependimento posterior). Aqui evidencia-se a semelhança existente entre as atenuantes e as majorantes: as diferenças entre elas restringem-se ao *grau de eficácia* da ação do agente. Enquanto na atenuante genérica basta o esforço voluntário e a eficácia em evitar ou minorar as consequências do seu ato (e não em *evitar o resultado*), na desistência, o reduzido desvalor do injusto está na não consumação do crime.



A reparação do dano também encontra previsão em outros dispositivos legais e reflete um efeito compensatório sobre as consequências do fato praticado sem violência ou grave ameaça, reduzindo o desvalor do injusto de resultado. Nos crimes contra a ordem tributária, por exemplo, o efeito da reparação do dano (pagamento integral do crédito tributário) é de tamanha relevância que extingue a punibilidade do agente.

Por fim, os motivos relevantes igualmente podem reduzir o desvalor do injusto de ação. No entanto, ao contrário do entendimento dominante, que promove uma interpretação moralizante dos motivos, aqui se sustenta que a motivação do agente é irrelevante para o Direito Penal, *salvo se se manifestou concretamente no fato*.

O efeito redutor do desvalor do injusto dos motivos pode ser bem exemplificado pelas hipóteses da prática do fato em uma “quase” legítima defesa (como a mãe que ataca o agressor do seu filho em momento posterior à agressão) ou com consentimento da vítima (como o homicídio praticado por piedade, para retirar a vítima moribunda de seu sofrimento atual). Essa última hipótese, igualmente, demonstra mais uma vez a proximidade entre atenuantes genéricas e causas especiais de diminuição de pena: o próprio artigo 121, §1º trata de hipótese de diminuição de pena em razão de motivo de relevante valor social ou moral, demonstrando a importância da consideração de tal fator na determinação da pena, independentemente da natureza do delito.

### **2.2.3 - Confissão: a colaboração do agente na apuração do fato**

O imperativo da redução da pena na hipótese de confissão, no entanto, encontra uma justificação distinta. Aquele que renuncia a seu direito de não se incriminar e confessa a prática do delito não comete um injusto menos grave, nem age necessariamente com culpabilidade reduzida. E, apesar da forte



orientação moralista que se observa na doutrina jurídico-penal tradicional a respeito da natureza da confissão, que sustenta que ela denotaria um ato de arrependimento moralmente relevante, merecedor de uma “recompensa”, o que verdadeiramente fundamenta uma pena reduzida é o fato de que a confissão é um *ato de colaboração com os órgãos da persecução penal*.

Atualmente, atos semelhantes de colaboração encontram-se em diversos dispositivos legais, sempre com previsão de uma redução de pena ao agente colaborador. É, da mesma forma, um imperativo de justiça e de isonomia que aquele que confessa, fora das hipóteses especiais previstas na legislação especial, receba, em troca, uma atenuação de pena por sua colaboração.

### **3- FUNDAMENTOS PARA UMA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO**

Do exposto até aqui, é possível concluir que as circunstâncias atenuantes se justificam por uma culpabilidade reduzida, pelo reduzido grau de injusto praticado pelo agente ou por um ato de colaboração com a Justiça, e que sua consideração no processo de determinação da pena é, por dicção legal, imperativa. Na presença de tais circunstâncias, elas *sempre* atenuarão a pena, independentemente da quantidade de diminuição a ser promovida.

É nesse sentido que se desnuda o fato de que circunstâncias atenuantes *se assemelham* às causas de diminuição de pena. Em inúmeros dispositivos legais, disposições semelhantes estão previstas precisamente para garantir que, na presença dessas circunstâncias especiais, o agente receba a pena *justa*, entendida como a pena que seja *adequada à gravidade do injusto praticado e correspondente à sua culpabilidade*.

Isso parece suficiente para desafiar o argumento que sustenta a impossibilidade de considerar uma circunstância atenuante no caso concreto, que levaria a pena provisória a patamar aquém do mínimo legal, em razão de



uma alegada “diferença” entre circunstâncias atenuantes e causas de diminuição de pena. Afinal, ambas denotam hipóteses em que a pena correspondente ao injusto culpável é *necessariamente* reduzida.

Ora, um homicídio praticado por misericórdia e com consentimento da vítima não pode ser apenado como um homicídio praticado para o recebimento da herança da vítima. Assim como um delito tributário praticado para evitar a demissão de centenas de colaboradores de uma empresa não pode ser apenado como uma sonegação fiscal com fins de enriquecimento.

A “distinta natureza” apontada pelos precedentes inicialmente mencionados, na verdade, verifica-se entre *circunstâncias judiciais* e *circunstâncias legais*, ou seja, entre a primeira e a segunda fase de fixação da pena. O sistema trifásico adotado pelo Código Penal, como visto, foi adotado precisamente para que não fossem julgadas conjuntamente na fase de maior discricionariedade concedida ao juiz: a fase de fixação da pena-base. Enquanto na primeira fase prevalece a discricionariedade do juiz na valoração das circunstâncias judiciais, na segunda fase prevalece o *dever de observância às circunstâncias legais* (“circunstâncias obrigatórias”) <sup>8</sup>.

Subsiste, ainda, o outro argumento extraído dos precedentes desta Corte no sentido de que “*em momento algum na nossa história legislativa foi permitido estabelecer-se pena inferior ou superior ao mínimo legal*”. O entendimento é equivocado. O Código Penal brasileiro revogou o parágrafo único do artigo 48, único dispositivo que proibia a redução da pena na segunda fase a quantidade inferior ao mínimo legal *para hipóteses de participação de menor importância no concurso de pessoas*. Atualmente, além da consagração do método trifásico, com a superioridade das circunstâncias legais sobre as judiciais, não há mais nenhum

---

<sup>8</sup> As questões relativas à compensação entre atenuantes e agravantes e à preponderância das circunstâncias de natureza subjetiva no concurso entre agravantes e atenuantes (essa, em si já problemática) extrapolam os limites dessa manifestação e, de toda forma, não interferem nas conclusões a que aqui chegamos.



dispositivo legal que – ainda que em uma interpretação “teleológica”<sup>9</sup> - impeça a consideração de atenuante que leve a pena a quantidade inferior ao mínimo legal.

Em realidade, se há algo que nunca se alterou na histórica da legislação penal brasileira, desde o Código Penal do Império, é a obrigatoriedade da redução da pena na hipótese de menoridade relativa do agente, que vem sendo francamente desrespeitada pelos Tribunais nacionais em razão de um entendimento que, como aqui exposto, desde a Reforma da Parte Geral do Código Penal nunca mais encontrou guarida no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

### 3 - CONCLUSÃO

Analisados os precedentes que levaram à edição da Súmula 231 desta Corte e examinados o papel e conteúdo das circunstâncias atenuantes previstas no artigo 65, do Código Penal, não encontramos fundamentos que justifiquem a manutenção do entendimento sumulado. Ao contrário, o que se verifica é a necessidade de sua modificação, sobretudo, em respeito ao direito penal da culpabilidade.

Assim, pelo presente, **o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais opina pelo cancelamento da Súmula 231 deste Superior Tribunal de Justiça.**

De São Paulo a Brasília, 5 de maio de 2023.

Renato Stanziola Vieira  
OAB/SP 189.066

Deborah Duprat  
OAB/DF 65.698

---

<sup>9</sup> Como a sugerida em um dos precedentes analisados (REsp n. 146.056/RS, relator Ministro Felix Fischer, julgado em 07/10/97, DJ de 10/11/97).



Tatiana Stoco  
OAB/SP 225.357

Raquel Scalcon  
OAB/SP 439.421