



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

3 de abril de 2019

Órgão Especial

Agravo Interno - Nº 0047292-80.2014.8.12.0001/50001 - Campo Grande

Relator designado– Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Agravante : Enir Nunes da Silva

DPGE - 2ª Inst: Christiane Jucá Interlando

Agravante : Darcieli da Silva Lopes

DPGE - 2ª Inst: Christiane Jucá Interlando

Agravado : Ministério Público Estadual

Proc. Just : Adhemar Mombrum de Carvalho Neto

E M E N T A – PROCESSO PENAL – FIXAÇÃO DA PENA – PENA ABAIXO DO MÍNIMO PREVISTO EM LEI – SÚMULA 231 DO STJ – RECURSO ESPECIAL – DECISÃO DO EXMO. VICE-PRESIDENTE QUE LHE NEGA SEGUIMENTO FUNDADO NA APLICAÇÃO DESSA SÚMULA – ARGUIÇÕES RELEVANTES POR PARTE DO RECORRENTE QUE INDICARIAM SUPERAÇÃO DOS MOTIVOS QUE LEVARAM À EDIÇÃO DA MESMA SÚMULA – OVERRULING – MEIO INTERVENTIVO NO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO – ARTIGO 927, §§ 1º A 5º, DO CPC/15 – ARTIGOS 125 A 127 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA RECEBIMENTO DO RECURSO ESPECIAL E SEU REGULAR PROCESSAMENTO.

A despeito de a negativa de seguimento do recurso especial ter-se dado por força da aplicação da Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o ordenamento processual civil não impede que as Cortes Superiores possam reexaminar a matéria sumulada, aplicando-se a técnica do *overruling*, de tal forma que se os fatos e fundamentos invocados pelo recorrente são relevantes a ponto de permitir se concluir que a Súmula possa ser reexaminada à luz desses mesmos fundamentos, deve ser estimulado o seguimento do recurso especial que tem esse objetivo, por se constituir referida técnica em método de intervenção no desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito.

Agravo interno provido, com reforma da r. decisão investivada, recebimento do recurso especial e determinação de sua remessa ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, para seu exame.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Des. Pavan, vencidos o Relator e os Des. Sideni e Marcelo.

Campo Grande, 3 de abril de 2019.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator designado



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de **AGRAVO INTERNO** interposto por **DARCIELI DA SILVA LOPES** e **ENIR NUNES DA SILVA** contra decisão desta Vice-Presidência que negou seguimento ao RECURSO ESPECIAL, com fulcro no art. 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil, aplicando o entendimento firmado pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA no Tema 190¹ - REsp n.º 1.117.068/PR e REsp n.º 1.117.073/PR.

Sustentam que a decisão agravada não considerou a necessidade de revisão do atual entendimento jurisprudencial, haja vista a modificação do cenário fático e jurídico a respeito da questão após a decisão proferida nos recursos repetitivos representativos da controvérsia.

Afirmam que, após a edição da Súmula 545², do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, tanto a Súmula 231³ quanto a tese fixada no Tema 190 tornaram-se ultrapassadas, devendo ser admitido o seguimento do RECURSO ESPECIAL a fim de que aquela Corte Superior revise seu entendimento.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (f. 30/36).

V O T O (E M 0 3 / 0 4 / 2 0 1 9)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (Relator)

Trata-se de **AGRAVO INTERNO** interposto por **DARCIELI DA SILVA LOPES** e **ENIR NUNES DA SILVA** contra decisão desta Vice-Presidência que negou seguimento ao RECURSO ESPECIAL, com fulcro no art. 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil, aplicando o entendimento firmado pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA no Tema 190⁴ - REsp n.º 1.117.068/PR e REsp n.º 1.117.073/PR.

As agravantes argumentam que após o julgamento dos recursos paradigmas o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA editou a Súmula 545, o que indicaria a modificação do posicionamento a respeito da questão.

¹ "O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal."

² "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal."

³ "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

⁴ "O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal."



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

No entanto, não obstante tenha sido editada a Súmula 545, que impõe a aplicação da atenuante da confissão quando utilizada para a formação do convencimento do julgador, verifica-se que o posicionamento mais recente do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, permanece no sentido de que a incidência da atenuante da confissão não permite a aplicação da sanção abaixo do mínimo legal, conforme disposto na Súmula 231, do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, e decidido no Tema 190. Confira-se:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL – VIA INADEQUADA – DECISÃO MANTIDA – DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE – PLEITO DE REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA N. 231/STJ. VEDAÇÃO EXPRESSA. PRECEDENTES – SÚMULA N. 568/STJ. PRECEDENTES – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Não cabe a este Superior Tribunal de Justiça se manifestar, em sede de recurso especial, sobre pretensa violação a dispositivo da Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência constitucional do Pretório Supremo Tribunal Federal.

II - Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que 'De acordo com a Súmula n. 231 do STJ, descabe a redução da pena na segunda fase da dosimetria a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante, no caso, a menoridade relativa' (HC n. 404.340/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Dje de 20/3/2018). Precedentes. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1261222/RN, 5ª T., rel. Min. FELIX FISCHER, j. 24/05/2018, DJ 04/06/2018).

"PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA – SÚMULAS 83 E 231 DO STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 – AFASTAMENTO – DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA – ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO – NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS – VEDAÇÃO – SÚMULA 7/STJ – AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A pretensão recursal de reduzir a pena-base para alguém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, encontra óbice no comando da Súmula 231/STJ: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

2. Incide à presente hipótese a Súmula 83/STJ, in verbis: "não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Frise-se que "esse óbice também se aplica ao recurso especial interposto com fulcro na alínea a do permissivo constitucional" (AgRg no AREsp 475.096/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016).

3. Na hipótese dos autos, observa-se que, na esteira da jurisprudência desta Corte, o Tribunal de origem concluiu,



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

motivadamente, pela dedicação do recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes levando em conta a expressiva quantidade de droga apreendida. Assim, a modificação desse entendimento - para acolher a pretensão de que ele não se dedica à atividade criminosa - exige o revolvimento do conteúdo fático-probatório, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ).

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1367431/DF, 5ª T., rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, j. 13/12/2018, DJ 19/12/2018).

(Destques não originais)

Nesses termos, extrai-se da jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que a orientação contida na Súmula 545 em nada alterou o que dispõe a Súmula 231, mantendo-se, portanto, a aplicação da tese fixada nos repetitivos REsp n.º 1.117.068/PR e REsp n.º 1.117.073/PR (Tema 190).

Assim, não cabe reforma à decisão que negou seguimento ao RECURSO ESPECIAL.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso interposto por **DARIELI DA SILVA LOPES** e **ENIR NUNES DA SILVA**.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º Vogal)

Em que pese a insurgência, entendo que a pretensão recursal não merece guarida.

Inicialmente, impõe-se respeito aos precedentes de observância obrigatória, na forma dos arts. 926 e 927 do NCPC, em homenagem aos princípios da isonomia, segurança jurídica e proteção da confiança que se espera das decisões judiciais.

A pretensão veiculada pelo recorrente confronta entendimento sedimentado no âmbito da jurisprudência dos tribunais superiores, no tema 158, da repercussão geral do STF, e teses 190 e 191, dos recursos repetitivos do STJ, além da sumula 231, do STJ.

A novel codificação processual revela a tendência adotada pelo legislador de positivar a obrigatoriedade de observância aos precedentes judiciais, conforme se infere dos



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

arts. 926⁵ e 927⁶. A despeito da adoção do sistema jurídico do *Civil Law* pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º, II, da CF), onde prepondera o império da lei e o princípio da legalidade (não há obrigatoriedade de observância aos precedentes jurisprudenciais, utilizados apenas como orientação de interpretação da lei), existe, inegavelmente, espaço para certa medida de obrigatoriedade de precedentes jurisprudenciais, característica do sistema jurídico do *Common Law*, adotado na Inglaterra.

Os exemplos são diversos. As súmulas vinculantes e as decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública (verdadeira aplicação do *stare decisis*, instituto típico do sistema jurídico do *Common Law*). Os julgamentos proferidos no regime dos recursos repetitivos e a repercussão geral, bem assim a autorização para decisões monocráticas a membros de Órgãos Colegiados ou mesmo de sentenças definitivas *in limine* por juízos singulares, as declarações incidentais de inconstitucionalidade.

A relevância jurídica dos precedentes judiciais e especialmente dos jurisprudenciais (institutos distintos, diga-se) pode ser extraída da norma contida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal ("*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;*"), na medida em que o legislador constituinte garantiu certa previsibilidade do resultado de determinadas demandas.

O Superior Tribunal de Justiça já assentou, *in verbis*:

"PROCESSO CIVIL. SUMULA. OBJETIVO. MUTUO RURAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. MATÉRIA SUMULADA (VERBETE 16, STJ). SUMULA STF, ENUNCIADO 283. RECURSO NÃO CONHECIDO. I - Respeitadas as ressalvas legais, mesmo reiterada e diuturna a jurisprudência não tem força de vincular os pronunciamentos jurisdicionais. Não se justifica, no entanto, que os Órgãos julgadores se mantenham renitentes à jurisprudência sumulada, cujo escopo, dentro do sistema jurídico, é alcançar exegese que dê certeza aos jurisdicionados em temas polêmicos, uma vez que ninguém fica seguro do seu direito ante jurisprudência incerta. II - Não se conhece do recurso especial quando este não abrange todo os fundamentos em que se assenta a decisão recorrida." (REsp 14.945/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/1992, DJ 13/04/1992, p. 5002) [destaquei]

Necessário pontuar, entretanto, que o livre convencimento e independência da atividade jurisdicional incide sobre a *definição da norma a ser aplicada*, sobre a *valoração das provas* e finalmente sobre a *valoração dos fatos pelo paradigma escolhido*. Nesse ponto,

⁵ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁶ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

entendemos inexistir, como regra, opção ao julgador para adotar parâmetros de apreciação do direito distinto daqueles já sedimentados nos precedentes.

A orientação não é nova, estando em vigor o regramento alusivo à uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479, do CPC/73), e tem previsão expressa na novel codificação processual civil, aplicável, portanto, aos processos ainda em trâmite.

Os professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery abordam o efeito *erga omnes* a que se referem os dispositivos transcritos:

"O efeito erga omnes não é exclusivo do controle abstrato de constitucionalidade. Ele pode surgir no bojo das ações coletivas cuja coisa julgada é regrada pelo CDC 103. (...) A eficácia erga omnes é insita ao processo constitucional em razão do interesse difuso que o controle de constitucionalidade tutela." (Comentários ao CPC, RT, 2015, p. 1838)

O precedente fixado no julgamento de recurso repetitivo justifica, destarte, a uniformidade de solução jurisdicional, nos termos da novel codificação processual civil, aplicável também ao processo penal, quanto ao ponto. Daí a impossibilidade de *overruling*, almejada pelo recorrente.

A despeito disso, não vislumbro incompatibilidade entre o verbete nº 545 do STJ, que reafirma o direito do réu à atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, quando a confissão foi utilizada para a formação do convencimento do julgador, e o verbete nº 231, do STJ, que veda a redução da pena abaixo do mínimo legal mesmo diante da incidência da circunstância atenuante.

A tese invocada no recurso, minoritária na doutrina, parte da premissa de que a expressão "sempre", contida no *caput*, do art. 65, do CP, justificaria a redução da pena abaixo do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, a despeito do verbete 231, do STJ, em interpretação que considera *in bonam partem*. Não considera, essa tese, que também o art. 61, *caput*, do CP, que trata das circunstâncias agravantes, também contém a expressão "sempre", o que causaria grave prejuízo ao réu, admitindo que sua pena poderia ser fixada em quantidade superior à prevista em lei, o que **implicaria em interpretação in malam partem**, que não se admite no âmbito penal. A respeito, a crítica contundente de Guilherme de Souza Nucci:

"Aliás, os mesmos que a defendem não utilizam idêntico critério para as agravantes, ou seja, se a pena-base estiver no teto, havendo agravante, poderia o juiz ultrapassá-lo. São dois pesos e duas medidas. Parece-nos incorreta essa visão, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não tem o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. O mesmo se dá com as agravantes (...). Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador." (Código Penal Comentado, Forense, 16ª ed., 2016, p. 507)



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Referido autor cita, em abono de sua tese, a lição de Lycurgo de Castro Santos:

“Com efeito, dois são os motivos pelos quais não se pode admitir tal individualização da pena abaixo do mínimo legal: em primeiro lugar contraria o princípio da legalidade, já que a pena mínima estabelecida pelo legislador é o limite mínimo a partir do qual a pena pelo injusto culpável cumpre seus pressupostos de prevenção especial e geral. Em segundo lugar, a adoção do critério de rebaixar a pena aquém do marco mínimo traz consigo um perigo, desde o ponto de vista político criminal, à segurança jurídica. (o princípio de legalidade no moderno direito penal, p. 193).” (obra citada, p. 508)

Os limites estabelecidos no verbete nº 231, do STJ, a bem da verdade, decorrem da aplicação do princípio da legalidade, na medida em que o legislador é quem estabelece a pena mínima e máxima para cada delito, sendo inviável ao poder judiciário extrapolar esses limites, para cima ou para baixo.

De toda sorte, o debate não é novo e, como dito, foi há muito pacificado pela jurisprudência dos tribunais superiores, motivo pelo qual não há falar em *overruling*.

À luz destas considerações, não tenho dúvidas em acompanhar o preciso voto de Sua Excelência, o eminente Des. Vice-Presidente, Carlos Eduardo Contar, e negar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (2º Vogal)

I.

Conforme já relatado pelo nobre relator, trata-se de Agravo Interno interposto por DARCIELI DA SILVA LOPES e ENIR NUNES DA SILVA contra decisão desta Vice-Presidência que negou seguimento ao Recurso Especial, com fulcro no art. 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil, com amparo no entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 190 - REsp n.º 1.117.068/PR e REsp n.º 1.117.073/PR.

Alegam, em resumo, que o entendimento firmado no referido representativo de controvérsia, bem como na Súmula n. 231 daquela Corte Superior, restou superado pela edição da Súmula n. 545 do mesmo Superior Tribunal de Justiça, alterando substancialmente o cenário normativo até então vigente, o que autoriza o recebimento e processamento do presente recurso, na forma dos artigos 1.021 e 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil, para conhecer e remeter o recurso especial ao órgão *ad quem*.

Contrarrazões às f. 30-36, pugnando pela manutenção da decisão agravada.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

O eminente Vice-Presidente negou provimento ao recurso.

Com a devida vênia ousou divergir.

Explico.

II.

Trata-se de agravo interno contra a decisão do Exmo. Sr. Vice-Presidente deste Tribunal de Justiça que **não admitiu seguimento** ao recurso especial intentado pelo agravante, ante o teor da Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

No caso concreto o recorrente discute a possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo previsto em lei, tese que foi rejeitada no apelo julgado por este Tribunal de Justiça.

Sobreveio o presente Recurso Especial, ajuizado com fundamento no artigo 105, III, "a", da Constituição Federal, sob o fundamento de que houve violação aos artigos 65, I e III, letra "d" e 68, ambos do Código de Processo Penal, uma vez que, *apesar do reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, o e. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul negou a fixação da pena intermediária para alguém do mínimo legal, ou seja, na verdade não restou atenuada a pena.*

O douto Vice-Presidente do TJ/MS negou seguimento ao recurso especial, por força do que já vem sendo decidido pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, atendendo ao que restou decidido nos recursos representativos da controvérsia (REsp 1.117.068/PR e REsp 1.117.073/PR - TEMA 190) e o acórdão recorrido coincidir com a orientação ali firmada, fundando-se, assim, no artigo 1030, inciso I, "b"1, do CPC/2015.

É de se ver que o recurso especial objetiva que a matéria *sub judice* chegue ao Superior Tribunal de Justiça com a finalidade de se dar abertura à técnica do *overruling* em relação ao disposto na mesma Súmula, que tem o seguinte teor:

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

Essa matéria já havia sido tratada no Tema 190 no Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.117.068/PR e no REsp 1.117.073/PR), em que se firmou o entendimento de que *"o critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimos e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal"*.

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ESTUPRO. PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65, 68, CAPUT, E 213 DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DIMINUIÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. *É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior.*

2. *O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.*

3. *Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudices dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar.*

4. *Recurso especial conhecido e provido para afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Acórdão sujeito ao que dispõe o art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n.º 08, de 07 de agosto de 2008.*

(REsp 1117073/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 29/06/2012).

Essa orientação jurisprudencial, como se vê, datam dos anos de **2011 e 2012.**

No recurso especial intentado, e a que se negou seguimento, discute-se a necessidade de **revisão** desse entendimento jurisprudencial, tendo em vista a ocorrência de modificações no plano do direito penal que levaria a outro entendimento; daí a pretensão de se emprestar ao presente recurso a técnica do *overruling*, que permitiria ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar a matéria, agora sob a ótica posta pelo recorrente que, a meu modo de ver, tem relevância.

A meu ver, com todo respeito ao e. Vice-Presidente e aos que neste Tribunal pensam em contrário, a pretensão procede.

É que houve a posterior edição da Súmula **545** do STJ, a qual estabelece que "*quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal*", de tal forma que é crível – e deve ser discutido para fins de revisão sumular – o argumento de que em caso assim a pena pode ser fixada abaixo do mínimo legal.

O artigo 48 do Código Penal, **antes da reforma penal de 1984**, continha em seu parágrafo único, com efeito, expressa vedação para fixação da pena abaixo do mínimo legal. Confira-se sua redação então vigente:

Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos;

II - ter sido de somenos importância sua cooperação no crime;

III - a ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando excusáveis;

IV - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

b) *procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;*

c) *cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;*

d) *confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem;*

e) *cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se, lícita a reunião, não provocou o tumulto, nem é reincidente.*

Atenuação especial da pena

Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”

Não havia, pelo teor do referido dispositivo, possibilidade da fixação da pena abaixo do mínimo previsto no tipo em que o réu estaria incurso, e assim seu parágrafo único dispunha expressamente.

Todavia, referido dispositivo foi modificado, como se sabe, pela reforma penal de 1984, Lei 7209, de 11.07.1984, que reescreveu o Código Penal, passando referido dispositivo a assim vigorar, **agora como artigo 65:**

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

II - o desconhecimento da lei; [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

III - ter o agente: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) *confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;*

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

O parágrafo único do artigo 48 do CP original não foi reproduzido na reforma penal, como acima se viu, nem mesmo em qualquer outro dispositivo legal, ao passo que o artigo 68 passou a estabelecer uma forma *trifásica* para fixação da penal, inexistente no diploma anterior revogado:

Art. 68 - A pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste código; seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Tenho, assim, que se uma circunstância atenuante existe em favor do réu, nesse sistema trifásico em que, na última etapa, o juiz passa a examinar as causas de diminuição ou aumento, e não havendo na nova redação qualquer **restrição** à fixação *aquém do mínimo*, como antes existia, é possível que a pena pode ser aplicada, fundamentadamente, abaixo do mínimo.

Corroborando esse entendimento o fato de que o artigo 42 do CP original dispunha que a fixação da pena haveria de se dar **dentro dos limites legais**, da quantidade de pena aplicável, ao passo que, pós reforma de 1984, esse dispositivo, com redação dada pelo artigo 59, passou a estabelecer que a *quantidade de pena aplicável* deve se dar **dentro dos limites previstos, e não mais nos limites legais o que, em tese**, permite a fixação, agora, abaixo do mínimo legal, havendo causas atenuantes que, sem concorrência com as agravantes, possam possibilitar que o juiz chegue à uma definição de pena *menor* do que o mínimo estabelecido no tipo penal em que o réu estiver sendo incurso.

Assim, se o artigo 65 do CP não mais excepciona a sua aplicação a situações concretas em que a pena-base tenha sido fixada *acima do mínimo legal*, e se o dispositivo afirma que existem circunstâncias que atenuam a pena, não mais dentro dos *limites legais*, mas dentro dos *limites previstos*, bem assim como se o artigo 68 do mesmo diploma penal não estabelece mais qualquer *impedimento* para que se aplica a pena abaixo do mínimo legal, a meu modo de ver há condições de admissão e remessa do Recurso Especial para o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA para que, à luz das ponderações feitas pelo recorrente, através da combativa Defensoria Pública do Estado, possa ser aplicada a técnica do *overruling*, para fins de reexame do teor da Súmula 231 daquela E. Corte, que foi o óbice aqui imposto pelo e. Vice-Presidente deste Tribunal de Justiça.

A interpretação que se fez, em desfavor do réu, à luz dessas considerações, foi *restritiva*, o que não é admitido em nosso ordenamento penal, que sempre deve ser interpretado de forma mais benéfico ao condenado.

Há ainda a se considerar que essa forma de interpretação, desconsiderando-se os motivos elencados na peça recursal do réu, ofende ao **sobreprincípio da razoabilidade/proporcionalidade**, de tal sorte que se, *in concreto*, existem motivos que podem vir em benefício do réu como forma a permitir a redução da pena para *aquém* do mínimo legal, essa circunstância não pode ser desconsiderada pelo aplicador da lei, no caso o Juiz ou o Tribunal.

Nesse sentido, no que se refere a possibilidade de aplicação do princípio da razoabilidade como vetor da conduta não só do administrador, como, também, do **legislador positivo e, de igual forma, do juiz na aplicação** da norma posta, trago à colação a lição doutrinária de **LUIZ ROBERTO BARROSO** e **ANA**



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

PAULA DE BARCELLOS⁷:

"O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de Justiça.

*Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos **direitos fundamentais** e do **interesse público**, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e funcionar como a **medida em que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional nela embutido** ou decorrente do sistema.*

*Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade **permite ao Judiciário invalidar atos LEGISLATIVOS** ou administrativos quando:*

*a) **não haja adequação** entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação);*

b) – a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso);

c) – não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito).

O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo justiça ao caso concreto".

A possibilidade de o réu receber reprimenda corporal segregativa menor do que o mínimo previsto em lei, ante causas específicas que permitem ao magistrado chegar a tal constatação, deriva até de um direito natural seu de não ser condenado por pena superior àquele que, *in concreto*, seja a justa e adequada em razão do fato praticado, tratando-se de um meio alternativo menos gravoso para o condenado de tal forma que se deve permitir ao juiz que "grade o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo justiça ao caso concreto".

Daí porque penso ser possível ensejar ao recorrente a abertura da via especial, com o propósito de permitir que o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, à vista dos fundamentos expostos pelo recorrente, possa reavaliar o teor da Súmula 231, dentro da técnica do *overruling* de que trata, inclusive, o artigo 927, §§ 1º a 5º, do CPC/15 e artigos 122 a 127 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

A jurisprudência, em especial quando existente Súmula a respeito de determinada matéria, **não pode ficar gessada**, não permitindo que possa ser a Súmula **superada**, com alteração total ou parcial dela, substituída por nova orientação jurisprudencial a partir do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Essa técnica é de suma importância no direito processual moderno

⁷ LUIZ ROBERTO BARROSO, *A Nova Interpretação Constitucional, Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3a. Edição, Editora Renovar, 2008, p. 362/363



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

(civil e penal). É possível seguimento do recurso especial em que se pleiteia, como no caso, a superação de entendimento anterior sumulado, para possibilitar que o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA a reavalie, altera-a no todo ou em parte, ou até mesmo a ratifique e mantenha, o que é próprio do sistema criado pelo CPC de 2015 de possibilitar a revisão dos enunciados sumulares ou dos julgamentos proferidos em sede de recurso especial repetitivos.

O *overruling* se constitui nessa técnica em que há, segundo Luiz Guilherme Marinoni, uma intervenção **no desenvolvimento do direito**, em que se toma uma decisão posterior tornando o precedente inconsistente (cfe. MARINONI, Luiz Guilherme; et. al.. Novo Código de Processo Civil comentado, 1.ed. São Paulo: RT, 2015).

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, em seus artigos 125 e seguintes, permite que *qualquer* dos Ministros pode pleitear a revisão da jurisprudência compediada na Súmula, em julgamento perante a Turma que, se acolher a proposta, remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial ou da Seção.

Há latente, assim, a possibilidade de que o E. Ministro Relator, conhecendo do recurso especial, possa examinar a questão e, reputando-a relevante, adotar o procedimento previsto no Regimento Interno, dando ensejo, assim, a que a Súmula possa ser revista e até mesmo revogada, se for o caso.

O importante é que se abra um mecanismo de revisão da súmula 231, no caso presente, à luz dos argumentos expendidos pelo recorrente, os quais merecem receber a devida atenção da Colenda Corte Superior de Justiça, se assim o entender.

III.

POSTO ISSO, com o máximo respeito ao e. Relator, conheço do presente agravo interno interposto por DARCIELI DA SILVA LOPES e ENIR NUNES DA SILVA e lhe dou provimento para tornar insubsistente a r. decisão do Vice-Presidente e, conseqüentemente, receber o Recurso Especial interposto para que seja devidamente processado e remetido ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (4º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (5º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Absz Duarte. (6º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

O Sr. Des. João Maria Lós. (7º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (8º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (9º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (10º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (11º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (12º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO DES. PAVAN, VENCIDOS O RELATOR E OS DES. SIDENI E MARCELO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar
Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Vilson Bertelli e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 3 de abril de 2019.

Zm/cz