

# OS EFEITOS DA IMPOSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DE ATENUANTES CONDUZIR À REDUÇÃO DE PENA PARA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NO BRASIL.

AMANDA JUCÁ BEZERRA

## Resumo

O presente artigo busca analisar os efeitos constitucionais, jurídicos e funcionais da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que institui a impossibilidade da incidência de circunstâncias atenuantes, apreciadas na segunda fase da dosimetria da pena, conduzirem à diminuição da pena para abaixo do mínimo legal estipulado. A aplicação do referido entendimento e os pressupostos que o fundamentam suscitam divergência entre diversos princípios constitucionais que norteiam o Direito Penal, sobretudo o da legalidade, uma vez que o ordenamento jurídico não prevê tal proibição, e o da isonomia, vista a possibilidade de igualar penalmente réus com circunstâncias distintas. Além disso, nota-se que uma das consequências práticas da Súmula é o prolongamento temporal da privação de liberdade de indivíduos que poderiam ser mais brandamente apenados se ela inexistisse. Dessa maneira, réus com bons antecedentes, positiva conduta social, geralmente primários e incidentes em uma ou mais circunstâncias atenuantes ficam reclusos por um período desproporcional à periculosidade que representam. É explorada, na pesquisa, a conexão desta conjuntura com a superlotação carcerária e com a reincidência criminal da parcela prisional em questão. A metodologia utilizada foi a qualitativa, com enfoques comparativos, documentais e históricos. Conclui-se que a execução da Súmula nº 231 do STJ incita insegurança jurídica, por não estar em conformidade com relevantes princípios constitucionais, e intensifica a problemática da lotação excessiva dos presídios brasileiros, além de favorecer a persistência no crime por parte dos réus negativamente afetados pelo referido entendimento jurídico.

**Palavras-chave:** Súmula nº 231 do STJ. Legalidade. Isonomia. Superlotação carcerária. Reincidência.

## Abstract

The present article seeks to analyze the constitutional, legal and functional effects of Precedent number 231 of the Brazilian Superior Court of Justice (STJ), which establishes the impossibility of the incidence of extenuating circumstances, assessed in the second phase of the dosimetry of the sentence, leading to a reduction of the sentence below the legal minimum. The application of this understanding and the assumptions on which it is based raise a divergence between various constitutional principles that guide Criminal Law, especially that of legality, since the legal system does not provide for such a prohibition, and that of isonomy, given the possibility of criminally equating defendants with different circumstances. In addition, it is noted that one of the practical consequences of the Precedent is the prolongation in time of the deprivation of liberty of individuals who could be more leniently sentenced if it did not exist. In this way, defendants with good records, positive social conduct, generally primaries and with one or more extenuating circumstances are imprisoned for a period disproportionate to the dangerousness they represent. The research

explores the connection of this situation with prison overcrowding and with the criminal recidivism of the prison population in question. The methodology used was qualitative, with comparative and historical approaches. The conclusion is that the execution of Precedent no. 231 of the STJ incites legal insecurity, for not being in accordance with relevant constitutional principles, and intensifies the problem of overcrowding in Brazilian prisons, besides favoring the persistence in crime by defendants negatively affected by this legal understanding

**Keywords:** Precedent number 231 of the STJ. Legality. Isonomy. Prison overcrowding. Recidivism.

## INTRODUÇÃO

No sistema penal brasileiro, a instituição estatal detém o monopólio do direito de punir, e o faz por meio do Poder Judiciário. Nesse sentido, indivíduos que realizam determinados atos que cumprem os requisitos estabelecidos pelo Código Penal brasileiro para que sejam passíveis de punição - fatos típicos, antijurídicos e culpáveis - estão sujeitos à reprovação estatal pela conduta infratora que cometeram. Tal repreensão é refletida mediante uma penalidade, que pode variar entre multas, penas alternativas e penas privativas de liberdade, dependendo, proporcionalmente, da gravidade do ato cometido.

No que tange à pena privativa de liberdade, comumente conhecida como prisão, é necessária a realização de um cálculo que considera variáveis específicas para se chegar à quantidade de tempo razoável durante a qual o infrator permanecerá aprisionado. Tal apuração, no Direito Penal, é referida como dosimetria da pena e segue o sistema trifásico, estabelecido pelo Código Penal<sup>1</sup> em seu artigo 68. Nesta disposição, são explicitadas as três fases do cálculo, sendo elas, respectivamente a fixação da pena-base - que verifica antecedentes criminais, conduta social, personalidade do agente, dentre outros fatores -, a análise de circunstâncias agravantes e atenuantes e a incidência de circunstâncias majorantes e minorantes.

Sob o viés da segunda fase, que trata de agravantes e de atenuantes, destacam-se os artigos 61, 62 e 65 do Código Penal, os quais explicitam os fatores considerados por cada uma dessas variáveis. Como circunstâncias agravantes, pode-se citar a reincidência no crime, a motivação fútil ou torpe, a utilização de recursos que dificultaram ou impossibilitaram a defesa da vítima e o emprego de meios cruéis ou insidiosos para a prática da conduta. Para ilustrar as atenuantes, cita-se a idade do agente, caso esta seja menor que 21 ou maior que 60 anos, a motivação de relevante valor social ou moral e a confissão espontânea.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

Já no que se refere às circunstâncias majorantes e minorantes, destacam-se cláusulas específicas de cada crime. A título de exemplificação, no homicídio, é majorante a não prestação de socorro imediato à vítima e é minorante o domínio de violenta emoção seguido de injusta provocação da vítima. Há, entretanto, uma particularidade quanto às duas últimas fases supracitadas e exemplificadas do cálculo da pena. Enquanto as circunstâncias agravantes e atenuantes não podem deixar a pena acima do máximo legal ou abaixo do mínimo, as majorantes e as minorantes têm tal competência.

Parte de tal determinação, além de ser explicitada na doutrina, têm fundamento legal na Súmula número 231<sup>2</sup> do Superior Tribunal de Justiça, que apresenta a seguinte máxima: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. De acordo com esta resolução, mesmo que um indivíduo tenha a pena-base mínima estabelecida, ou seja, tenha bons antecedentes criminais, satisfatória conduta social e personalidade que não indica periculosidade, incida, ainda, em circunstâncias atenuantes, tais como a confissão espontânea e a motivação de relevante valor social, ele não pode permanecer preso por menos tempo do que o mínimo assentado.

Dessa maneira, o sistema penal brasileiro prolonga desnecessariamente o aprisionamento de significativa parcela carcerária, o que surte diversos efeitos. Dadas as infelizes condições de prisões brasileiras, que contam com superpopulação carcerária, intensa atuação interna de facções criminosas, precária infraestrutura e ausente apoio educacional, tais ambientes têm um inerente despreparo para sua principal função: a ressocialização de delinquentes. Nesse sentido, visto que os indivíduos que estão sujeitos ao despreparo laboral, educativo e social para se reinserir na sociedade são os mais intensamente inclinados à reincidência criminal, nota-se o prejuízo pessoal da extensão do período de prisão.

Assim, o presente artigo busca analisar o prolongamento temporal do aprisionamento, suscitado pela Súmula 231 do STJ, e seus efeitos, tais como o descumprimento de princípios constitucionais, a intensificação da superpopulação nos presídios e a reincidência criminal no Brasil.

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

A Súmula 231 foi publicada em 15/10/1999 pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, com um enunciado que dispõe que "A incidência da circunstância atenuante não

---

<sup>2</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 231, de 22 set. 1999. 3º Seção. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 15 out. 1999. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_17\\_capSumula231.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf). Acesso em 30 mar. 2022.

pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." Tal determinação, apesar de não ser vinculante, tem grande aceitabilidade e recorrente aplicação no âmbito dos tribunais inferiores, uma vez que trata de um pensamento consolidado por um dos mais relevantes órgãos do Poder Judiciário. Quanto às Súmulas, afirma Streck<sup>3</sup>:

Tendo a precípua tarefa de trazer a última (e definitiva) palavra dos Tribunais Superiores a respeito da interpretação de qualquer ato normativo (normas constitucionais, infraconstitucionais, decretos, portaria etc.), é importante ressaltar que a Súmula não cumpre tão somente um papel de uniformização formal da jurisprudência. Na realidade, a súmula tem a função de produzir um sentido 'clausurado' da norma com o que passa a ter um caráter de quase normatividade. (...) A súmula é, assim, a produção de definições explicativas, que tem força prescritiva na prática diária dos juristas, pela simples razão de que a força coercitiva do direito não emana somente da lei, senão das práticas do Judiciário. Ou seja, as fontes do Direito ultrapassam o âmbito da lei, criando desde zonas de intersecção até invasão de competências, o que provoca, inexoravelmente, a discussão acerca dos limites e do alcance dessas fontes.

Entretanto, apesar de sua notória importância, a Súmula 231 do STJ não apresenta uma interpretação pacífica absoluta e vêm sendo amplamente criticada por significativa parcela dos operadores do Direito, na doutrina e na jurisprudência. Isso se dá pela inerente controvérsia da sua aplicação em casos concretos, a qual fere princípios constitucionais essenciais ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como o da legalidade e o da isonomia.

### **1.1 Princípio da legalidade**

O princípio da legalidade, preceito essencial na produção de conteúdo jurídico no ordenamento brasileiro, fundamenta-se na necessidade de impedir a punição arbitrária por parte do Estado e de constituir elemento orientador e basilar, tanto para guiar os cidadãos sobre suas condutas quanto para regular o poder estatal, que não pode ser desmedido. Tal princípio está previsto no Código Penal, em seu artigo 1º: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

À luz deste preceito, cabe a análise de sua incompatibilidade com a Súmula 231 do STJ, sob ênfase, especialmente, no artigo 65 do Código Penal, que, em seu enunciado, afirma que as circunstâncias atenuantes sempre diminuem a pena, sem qualquer ressalva ou exceção. Dessa maneira, nota-se que não há previsão legal expressa que justifique a impossibilidade de redução de pena aquém do mínimo legal - e, se não há tal previsão jurídica, há desconformidade com o princípio da legalidade, uma vez que não há lei anterior que defina a referida interpretação.

---

<sup>3</sup> STRECK, Lênio Luiz. Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Ainda, destaca-se que a Súmula 231 interpreta a norma de forma prejudicial ao agente, submetendo o cidadão a coerção penal distinta e mais severa do que a disposta na lei. Sobre tal desarmonia principiológica, questiona Rogério Greco<sup>4</sup>:

Dissemos que tal interpretação é contrária à lei porque o art. 65 não excepciona sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal. Pelo contrário. O mencionado artigo afirma, categoricamente, que são circunstâncias que sempre atenuam a pena. Por que razão utilizaria o legislador o advérbio sempre se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo?

Assim, como não há qualquer proibição expressa à redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase do processo de cálculo da pena, destaca-se a inobservância da Súmula 231 com relevantes princípios constitucionais e infraconstitucionais, os quais devem ser a fonte primária da criação de conteúdo jurídico.

## **1.2 Princípio da isonomia**

A isonomia, por sua vez, é um princípio constitucional e basilar que determina que todos devem ser tratados de forma equitativa perante o Estado. Presente no ordenamento jurídico brasileiro e nas normas da maioria dos países democráticos do mundo, tal princípio busca garantir que a lei seja aplicada de maneira igualitária entre as pessoas, não havendo, formalmente, distinções entre os indivíduos no estabelecimento de seus direitos e deveres. Esse conceito está presente no artigo 5º da Constituição Federal<sup>5</sup>, o qual versa: “Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei”.

Tal preceito também se expressa no tratamento desigual destinado aos desiguais, uma vez que nem todos estão em patamar de equidade, de forma a observar suas particularidades e fazer uma aplicação justa e honesta da lei. No âmbito penal, esse contraste é observado em todas as fases da dosimetria da pena, uma vez que um agente delitivo pode ser mais ou menos apenado proporcionalmente à sua atuação - se tiver condutas favoráveis a si, como as atenuantes e minorantes, tem sua pena reduzida; se cometer atos adversos, tais como agravantes e majorantes, aumenta sua punição. Sobre isso, versa Ruy Barbosa: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”.

---

<sup>4</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

Entretanto, o princípio da isonomia vem sendo lesado pela aplicação da Súmula 231 do STJ. Essa percepção antagônica se dá de forma mais clara em casos práticos: hipotetiza-se um processo criminal com os agentes A e B, que cometeram furto simples em concurso de agentes. Ambos têm circunstâncias judiciais favoráveis na 1ª fase de dosimetria da pena, mas A tinha menos de 21 anos na data do crime e o confessou espontaneamente, enquanto B era maior de 21 anos e não participou da confissão do delito.

Haja vista a impossibilidade da redução da pena aquém do mínimo legal pela incidência de atenuantes, A e B, mesmo em situações significativamente desiguais, incorreriam na exata mesma pena. Dessa forma, não haveria benefício algum para o acusado que tivesse menoridade relativa e confessasse o delito, equiparando-o punitivamente ao denunciado que, além de ser legalmente maior, não colaborou espontaneamente com o Poder Judiciário.

Nota-se, então, que o princípio da isonomia é gravemente ferido pela Súmula em questão, dado que esta, como foi explicitado no exemplo criado, desconsidera o patamar contrastante entre réus e os pune de igual maneira. Frisa-se que o não cumprimento do referido princípio causa significativa insegurança jurídica, por violar preceitos constitucionais fundamentais ao funcionamento da justiça e da democracia no país.

## **2. A SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA**

Para além dos efeitos potencialmente nocivos aos princípios constitucionais supracitados provocados pela Súmula 231 do STJ, há, também, consequências práticas deste entendimento no sistema penitenciário brasileiro. A superpopulação carcerária no país é um reflexo inerente à impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo penal, haja vista que indivíduos que poderiam ser mais brandamente apenados passam um maior período temporal no cárcere, somando ao número de pessoas que está, ao mesmo tempo, nesta condição.

A título de ilustração, toma-se o crime de tráfico de drogas. No Brasil, segundo informações do Departamento Penitenciário Nacional<sup>6</sup> (DEPEN), no relatório de dados referentes ao cárcere em 2021, há cerca de 180 mil indivíduos presos pelo cometimento deste crime. Destes, aproximadamente 17 mil estão na faixa etária de 18 a 20 anos, incidindo na circunstância atenuante da menoridade legal, prevista pelo Código Penal em seu artigo 65,

---

<sup>6</sup> BRASIL. DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2021.pdf>. Acesso em 25 set. 2022

inciso I. Além disso, de acordo com a Pesquisa do Núcleo de Estudos da Violência<sup>7</sup>, elaborado pela Universidade de São Paulo (USP), 80,6% dos indivíduos presos por este delito eram réus primários e não apresentavam indícios explícitos de periculosidade, o que englobaria quase 14 mil pessoas em um resultado positivo da 1ª fase da dosimetria da pena.

Neste exemplo, foram analisados dados de apenas um tipo de crime, sobre o qual havia mais holofotes. Na realidade prática, portanto, presume-se um número surpreendente e extraordinário de reclusos na mesma situação: indivíduos sem periculosidade, não reincidentes, com positiva conduta social e encaixados em 1 ou mais circunstâncias atenuantes, que são obrigados a cumprir, em decorrência da Súmula 231 do STJ, no mínimo, a pena-base do crime que cometeram, a qual pode ser devida elevada - no crime do exemplo supracitado, o período temporal mínimo de reclusão é de 5 anos.

Sob esse viés, é importante enfatizar que há manifestações do Supremo Tribunal Federal (STF) favoráveis à diminuição da pena de pessoas que não apresentaram, em seus antecedentes e na execução do crime, periculosidade, especialmente no delito de tráfico de drogas. Destaca-se a decisão<sup>8</sup> do Tribunal, em 2016, de tirar o caráter hediondo da condenação de dois homens acusados por tráfico de drogas que eram réus primários, tinham bons antecedentes, não se dedicavam ao crime e nem integravam uma organização criminosa. Neste caso, os cidadãos puderam gozar da diminuição de uma fração da pena e da transgressão de regime, do fechado para o semiaberto. Na fundamentação de seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski cita a superpopulação carcerária como motivação, causada por penas que considerou desproporcionais em relação a condutas de pequenos traficantes.

Entretanto, tal entendimento não é suficientemente compartilhado por outros tribunais, o que constitui um panorama problemático para o sistema carcerário brasileiro, dado o significativo número de pessoas que estão desnecessariamente reclusas - aumentando ainda mais a numerosa população carcerária do país. A título de exemplificação, de acordo com o relatório de 2020 do Sistema Prisional em Números<sup>9</sup> (SPN), produzido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o Brasil conta com uma taxa de ocupação das prisões de 161,39%, o que revela uma grande desproporção entre o número de vagas e o de presos, e denuncia a acentuada superlotação prisional no território.

---

<sup>7</sup> BRASIL. Pesquisa do Núcleo de Estudos da Violência. Universidade de São Paulo. 2019. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/>. Acesso em 26 set. 2022.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 121.356, de 16 fev. 2016. Primeira Turma. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/862877300/inteiro-teor-862877307>. Acesso em: 29 set. 2022.

<sup>9</sup> BRASIL. Sistema Prisional em Números - Capacidade e Ocupação. Conselho Nacional do Ministério Público. 2019. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 03 out. 2022.

Em quesitos práticos, são diversos os efeitos nocivos desse cenário antagônico. O ímpeto, teoricamente, ressocializador das prisões é diretamente prejudicado com a situação de superlotação, haja vista a inerente dificuldade de educar, alimentar, proporcionar labor e instituir condições dignas de convivência nesses locais em uma gritante desproporção entre reclusos, agentes penitenciários e área territorial para tal. Sobre isso, afirma Drauzio Varella<sup>10</sup>:

A pior consequência do aprisionamento em massa é a superpopulação. Os que não aceitam o argumento de que a pena de um condenado deve ser a privação da liberdade, não a imposição de condições desumanas, precisam entender que o castigo das celas apinhadas tem consequências graves para quem está do lado de fora. Quando trancamos 30 homens num xadrez com capacidade para receber menos da metade, como acontece nos Centros de Detenção Provisória de São Paulo e em quase a todos os presídios do país, os agentes penitenciários perdem a condição de garantir a segurança e todas as outras condições básicas de sobrevivência no interior do presídio.

Dessa maneira, percebe-se a essencialidade da adoção de políticas atenuadoras do descompasso entre o superávit de presos e o déficit estatal de atendê-los de forma satisfatória. Para isso, segundo Ricardo André de Souza<sup>11</sup>, coordenador da defesa criminal da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, “é necessário entender que a superlotação dos presídios é consequência do superencarceramento protagonizado pelo Estado”. Tal superencarceramento, por sua vez, tem participação direta da Súmula 231 do STJ, dada a impossibilidade de diminuir o período temporal da privação de liberdade de indivíduos que, além de estarem na pena-base, incidem em circunstâncias atenuantes.

Assim, a maior parte das prisões brasileiras operam com o dobro ou o triplo de sua capacidade, condição que impossibilita a satisfatória acomodação dos reclusos. O Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, menciona a problemática em seu voto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347<sup>12</sup>:

Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, à higidez física e à integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância pelo Estado da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto de

---

<sup>10</sup> VARELLA, Drauzio. Superpopulação carcerária é um grave problema. Reduzi-la é um imperativo urgente. UOL, p. 5, 11 ago. 2020. Disponível em:

<https://drauziovarella.uol.com.br/drauzio/artigos/superpopulacao-carceraria-artigo/>. Acesso em: 03 out. 2022.

<sup>11</sup> DE SOUZA, Ricardo André. Violência Encarcerada. O Globo, [S. l.], p. 3, 22 set. 2019.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de 28 mai. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 12 out. 2022.

José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”.

É notório, portanto, o antagonismo da necessidade de reduzir a população prisional brasileira e a instituição do referido entendimento jurídico. Em uma relação de causa e efeito, seria preciso instituir uma maior seletividade das pessoas que integrarão o montante de reclusos, de forma a privar de liberdade por um significativo período apenas os indivíduos que representam uma explícita e intensa ameaça ao convívio social. Na realidade prática, entretanto, há um crescimento exponencial da população carcerária, da qual considerável parcela é formada por réus primários, com bons antecedentes, satisfatório comportamento social e incidentes em atenuantes.

### **3. A REINCIDÊNCIA CRIMINAL**

Em segunda análise dos potenciais efeitos funcionais da impossibilidade de redução da pena-base para abaixo do mínimo penal, destaca-se a reincidência criminal.

É fato que o sistema prisional brasileiro não apenas isola, mas expõe a condições indignas os encarcerados e, embora previsto, nem sempre os submetem a atividades que possam auxiliar na sua reintegração à sociedade. Tal cenário antagônico é explicitado nos resultados da pesquisa sobre o encarceramento brasileiro do Núcleo de Estudos da Violência (NEV), datada de 2019, a qual conclui que apenas 1 a cada 8 presos têm acesso à educação e que 1 a cada 5 participa de atividades laborais.

Sob esse viés, nota-se que a lacuna criada pela ausência de serviços básicos vai de encontro ao objetivo ressocializador das prisões. Tais locais são utilizados, muitas vezes, apenas como forma de exclusão e de correção de delinquentes, de forma a deixá-los a margem de qualquer reintegração, ignorando o fato de que eles irão, eventualmente, voltar ao convívio social - quando isso efetivamente ocorre, diante das graves falhas do sistema carcerário brasileiro, não obstante significativa parcela está despreparada profissional, psicológica e educacionalmente.

Dessa maneira, a volta ao crime parece um destino quase incontornável. Não bastando o intenso preconceito enraizado no senso comum contra egressos das prisões, os indivíduos recém-libertos enfrentam forte dificuldade na inclusão no mercado de trabalho, devido ao despreparo nos aspectos pessoais que o cárcere tinha papel de desenvolver. Assim, com baixas perspectivas, a inclinação ao crime volta a ser gradualmente intensificada, o que os faz incorrer na reincidência criminal.

A reincidência é definida legalmente pelo Artigo 63 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n. 2.848, de 1940), cujo teor indica que a pessoa pode ser considerada reincidente quando comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que a tenha condenado por crime anterior. Nos próximos tópicos, serão abordados relevantes aspectos que tornam a pena privativa de liberdade, na realidade brasileira, um forte incentivador de tal recaída no crime, destacando o impacto desses fatores na parcela carcerária que poderia ser beneficiada pela redução da pena-base caso ocorresse a incidência de atenuantes.

### **3.1 Ausência de serviços fundamentais nas prisões brasileiras**

As instituições prisionais de privação de liberdade ocupam, desde a modernidade, a essência do modelo punitivo advindo do Estado. Com a ascensão dos ideais iluministas, com ênfase no contrato social, progressivamente foi retirado o protagonismo das penas arbitrárias e de tortura e, a partir dessa nova concepção, a punição passou a constituir-se em um método e uma disciplina. Eliminou-se da prisão o seu caráter de humilhação moral e física do sujeito, e a lei penal passou a atuar em uma função de prevenção do delito e da readaptação do criminoso. De acordo com Foucault<sup>13</sup>, a finalidade do cárcere deixou de ser a de causar dor física e o objeto da punição deixou de ser o corpo para atingir a alma do infrator.

Sob esse viés, tais estabelecimentos têm, na atualidade, o ímpeto de proporcionar o isolamento aos agentes dos delitos, para que reflitam sobre a negatividade do ato que praticaram e para que possam se submeter integralmente a atividades que colaborem para seu desenvolvimento pessoal, objetivando a ressocialização. Isso está disposto na Lei de Execução Penal<sup>14</sup>, em seu artigo 41, que versa sobre os direitos dos presos. Entre eles, estão a assistência material, à saúde, educacional e social.

Todavia, quando se analisa a conjuntura factual do sistema carcerário brasileiro, é visível que os supracitados ideais do cárcere são, muitas vezes, desprezados e esquecidos, dadas as circunstâncias adversas de grande parte das prisões brasileiras. No que tange à educação, o acesso dos aprisionados a este serviço é baixíssimo. De acordo com gráficos do SPN, 2019, mais de 40% dos presídios brasileiros não fornecem assistência educacional. Tal ferramenta é essencial para o efetivo desenvolvimento do recluso, uma vez que estimula três pilares: o pessoal (relaciona-se com a capacidade de conhecer a si mesmo, compreender-se), o social (capacidade de conviver de forma harmoniosa e produtiva com outras pessoas) e o cognitivo (adquirir os conhecimentos necessários ao seu crescimento pessoal, social e

---

<sup>13</sup> FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984.

profissional, assegurando a empregabilidade). Sobre isso, versa Julião<sup>15</sup>:

A educação em espaços de privação de liberdade pode ter principalmente três objetivos imediatos que refletem as distintas opiniões sobre a finalidade do sistema de justiça penal: manter os reclusos ocupados de forma proveitosa; melhorar a qualidade de vida na prisão; e conseguir um resultado útil, tal como ofícios, conhecimentos, compreensão, atitudes sociais e comportamento, que perdurem além da prisão e permitam ao apenado o acesso ao emprego ou a uma capacitação superior, que, sobretudo, propicie mudanças de valores, pautando-se em princípios éticos e morais. Essa educação pode ou não se reduzir ao nível da reincidência. Já os demais objetivos formam parte de um objetivo mais amplo que a reintegração social e o desenvolvimento do potencial humano.

Quanto ao acesso ao trabalho, as estatísticas são igualmente adversas: em apenas 37% das instituições carcerárias do Brasil há oficinas de labor, segundo o SPN. Tal ausência de serviços basilares e fundamentais à evolução do recluso afastam o ímpeto ressocializador das prisões e intensificam a inclinação à reincidência, visto que, para que um indivíduo torne-se mais crítico e seletivo quanto às ações que vai praticar e possa expandir suas possibilidades de escolha para o futuro, é necessário que ele receba ativa e constantemente incentivos favoráveis ao seu progresso.

### **3.2 Prisão como “Escola do Crime”**

A lacuna criada pela falha difusão de atividades ressocializadoras nas instituições carcerárias é, muitas vezes, preenchida pela atuação de organizações criminosas dentro desses estabelecimentos. Com o escasso engajamento na instrumentalização do isolamento dos reclusos para fins favoráveis ao seu desenvolvimento pessoal e ao seu preparo para a volta ao convívio social, outras influências - negativas, muitas vezes - tomam o protagonismo. Dessa maneira, facilita-se a atuação de organizações do crime, que encontram, nas prisões, cenário fértil para aumentar sua autoridade e seu alcance.

De acordo com o El País<sup>16</sup>, há mais de 30 facções criminosas operando nos presídios brasileiros. Tais grupos, cada vez mais dotados de poderio bélico e de recursos financeiros, têm plena capacidade coerciva dentro da prisão, uma vez que provocam temor e vêm não aliados como potenciais inimigos. Quando um indivíduo “não-faccionado” adentra o cárcere - principalmente se a penitenciária em que ele se encontra tem 2 ou mais facções rivais - há intensa coação para que ele associe-se a algum grupo criminoso. Isso se dá, muitas vezes, pelo

---

<sup>15</sup> JULIÃO, E.F. Políticas de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade no Brasil: questões, avanços e perspectivas na diversidade de sujeitos de direito. Petrópolis, FAPERJ, 2015, p. 125.

<sup>16</sup> ALESSI, Gil. No Brasil do PCC, mais de 30 facções articulam o crime organizado no sistema penitenciário federal. El País, 19 jul. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-19/no-brasil-do-pcc-mais-de-30-faccoes-articulam-o-crime-organizado-no-sistema-penitenciario-federal.html>. Acesso em: 20 out. 2022

medo de virar um possível alvo comum pelas organizações do crime e pela necessidade da proteção que os membros do grupo infrator dão uns aos outros. Nesse sentido, somada a deficiente realização de atividades educacionais e profissionais dentro da maioria das instituições de cárcere, o indivíduo em questão adquire íntimo contato com pessoas altamente perigosas e experientes na prática criminosa.

À luz da teoria criminológica da associação diferencial, a conversão de um sujeito não perigoso em um delinquente profissional não acontece naturalmente, mas requer aprendizagem e treinamento. Tal processo acontece, sobretudo, quando o indivíduo faz parte de um grupo que manifesta, em excesso, definições favoráveis ao descumprimento das normas legais. Na estreita interação com criminosos capacitados, como ocorre quando se adentra uma facção no presídio, o indivíduo, mesmo que não represente periculosidade e tenha bons antecedentes, é bombardeado por tais definições adeptas ao delito, tornando-se cada vez mais inclinado a aprender e a reproduzir esses comportamentos. Assim, faz-se compreensível o ditado popular “na prisão, ladrão de galinhas vira ladrão de bancos”.

É evidente, portanto, o motivo pelo qual significativa parcela social enxerga as instituições carcerárias como “Escolas do Crime”. O jurista Evandro Lins e Silva<sup>17</sup>, em seu artigo “Grades vergadas de desespero”, aborda a problemática:

Ninguém ignora que hoje no Brasil a prisão não regenera nem ressocializa as pessoas que são privadas da liberdade por ter cometido algum tipo de crime. Ao contrário, é de conhecimento geral que a cadeia perverte, corrompe, deforma, avilta e embrutece. É uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime.

A referida teoria da criminologia afirma, ainda, que os incentivos ao delito precisam cumprir três elementos para que sejam efetivos: ter elevada frequência, intensidade e longa duração. Ou seja, um indivíduo “inofensivo” deve ouvir instigações infratoras repetidas vezes, de maneira acentuada - geralmente vindas de um patamar hierárquico mais elevado - e por um longo período de tempo para que adquira aptidão ao crime. Os dois primeiros elementos estão intrinsecamente ligados ao contato com organizações criminosas dentro da prisão, dada sua autoridade e coercitividade, enquanto o terceiro conecta-se com a extensão de tempo da pena: quanto maior o prazo de reclusão, maior a duração dos incentivos em pauta.

Sob esse viés, nota-se a relação da impossibilidade de redução da pena para abaixo do mínimo legal com o aprendizado criminoso. Indivíduos estagnados na pena-base e com direito à extenuação desta pela incidência de atenuantes têm baixo potencial ofensivo. Apesar disso, vistas as nuances antagônicas do ambiente prisional, a não diminuição de seu período de

---

<sup>17</sup> SILVA, Evandro Lins e. Grades vergadas de desespero. Folha de São Paulo, p. 5, 11 mar. 2001.

reclusão os torna suscetíveis ao efeito criminogênico das prisões, já que assegura a longa duração dos incentivos delitivos. Por conseguinte, em uma relação de causa e efeito, percebe-se que o tempo de encarceramento, cujo aumento é incitado pela Súmula nº 231 do STJ, pode aprofundar a ligação que um réu não perigoso tem com o crime.

Tal cenário adverso é agravado quando são pautadas as perspectivas futuras dos reclusos no que tange à volta ao convívio social. Sem educação formal, capacitação profissional e com a aquisição de um vasto conhecimento das práticas criminosas, o egresso tem grande probabilidade de recair no crime. Este foi o resultado da pesquisa Reentradas e Reiteraões Infracionais<sup>18</sup>, do Conselho Nacional de Justiça, a qual conclui que o perfil majoritário de reincidentes é de jovens que cumpriram pena privativa de liberdade, com pouco ou ausente acesso à educação e ao trabalho. O mesmo estudo constata, ainda, que a taxa de reincidência criminal no Brasil ultrapassa os 40%.

À vista disso, torna-se evidente a conexão entre a privação de liberdade efetiva e os altos índices de recidiva no crime no país. Com uma cultura excessivamente punitiva e encarceradora, as características adversas do sistema prisional brasileiro vão de encontro à eficiente ressocialização, de forma que numerosos egressos saem do cárcere com um comportamento mais desviado do que entraram. Tal caráter corruptivo do sistema, entretanto, não o faz mais seletivo, uma vez que, dada a vigência da Súmula nº 231 do STJ, indivíduos com baixíssimo potencial ofensivo estão sujeitos a passar um período desproporcional no cárcere, sob influências destrutivas à prévia conduta adequada dessa parcela.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A presente pesquisa teve como objetivo a análise dos efeitos da Súmula nº 231 do Superior Tribunal Federal, a qual institui a impossibilidade da incidência de circunstâncias atenuantes conduzir à redução da pena aquém do mínimo legal. Buscou-se, a princípio, situar juridicamente o surgimento de tal preceito, de forma a elucidar conceitos penais de dosimetria da pena e a explicitar a importância legal dos entendimentos sumulados nas decisões judiciais. Constatou-se, nesse sentido, desconformidades entre a aplicação do referido conceito e ideais principiológicos e funcionais referentes ao sistema prisional brasileiro.

Em primeira análise, explorou-se a compatibilidade entre fundamentos que embasam a Súmula e relevantes princípios constitucionais. Nesse sentido, foi observada significativa divergência no que tange ao conceito de legalidade, previsto na primeira disposição da

---

<sup>18</sup> BRASIL. Reentrada e Reiteraões Infracionais. Conselho Nacional de Justiça. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/panorama-reentradas-sistema.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

Constituição Federal de 1988. O artigo 65 do Código Penal é inequívoco quanto à obrigação das circunstâncias atenuantes sempre diminuírem a pena e, dada a impossibilidade de tal atribuição em consequência da Súmula, observa-se a sua desvinculação com o comando legal. Ainda, verificou-se desarmonia entre o conceito em questão e o princípio da isonomia, uma vez que um réu que tenha um panorama jurídico favorável, incidindo em causas de diminuição de pena, poderá ter a mesma sanção de um réu que não teve uma conduta tão acertada no âmbito criminal. Tal contraste, assim sendo, demonstra uma falha estrutural no sistema penal brasileiro, ferindo a equidade e tratando desiguais igualmente.

Em segunda análise, a qual partiu de uma observação da conjuntura factual do sistema prisional brasileiro, foram examinados os efeitos práticos e funcionais da aplicação da Súmula. Visto que significativa quantidade de réus que poderiam ser mais brandamente apenados, uma vez que têm aspectos favoráveis na primeira fase de dosimetria da pena e incidem em atenuantes na segunda, são compelidos a passar um maior período reclusos, o montante de pessoas que, ao mesmo tempo, estão aprisionadas é expandido. Este cenário indica, portanto, a relação do referido entendimento sumular com a superlotação carcerária. A pesquisa demonstra que, apenas no crime de tráfico de drogas, há mais de 10 mil pessoas que poderiam passar meses ou anos a menos na prisão se pudessem ser sancionadas aquém da pena-base, o que aliviaria a exorbitante taxa de ocupação dos presídios brasileiros.

Ainda no viés de efeitos práticos, atesta-se a relação do parecer legal com a reincidência criminal no Brasil. O prolongamento temporal de reclusão provocado pela Súmula propicia o aprendizado delitivo dentro das prisões, as quais são permeadas por ausentes atividades ressocializadoras e pela presença de organizações criminosas. Isso se dá sob a luz da teoria criminológica da associação diferencial, a qual aponta que uma longa duração de estímulos à prática criminosa, motivada diretamente pela Súmula nº 231, pode transformar um indivíduo de baixo potencial ofensivo em um delinquente. Este aprendizado, somado ao vácuo de incentivos educacionais e profissionais, aumenta a probabilidade de o egresso recair no crime.

Conclui-se, portanto, que a Súmula nº 231 do STJ fere diretamente a base principiológica que constitui o arcabouço do Direito Penal. A explícita inconstitucionalidade do entendimento sumular provoca intensa insegurança jurídica, visto que sua aplicação, além de incitar imprevisibilidade legal, mostra-se incoerente com o ordenamento que ocupa o topo da hierarquia do direito do Estado. Infere-se, ainda, que sua execução intensifica duas graves problemáticas do sistema prisional brasileiro: a superlotação e a reincidência. Assim sendo, a anulação de tal entendimento jurídico faz-se latente e necessária, com o fito de restabelecer o

cumprimento de ordens constitucionais e de atacar causas do insucesso histórico do sistema prisional brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Gil. No Brasil do PCC, mais de 30 facções articulam o crime organizado no sistema penitenciário federal. El País, 19 jul. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-19/no-brasil-do-pcc-mais-de-30-faccoes-articulam-o-crime-organizado-no-sistema-penitenciario-federal.html>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2021.pdf>. Acesso em 25 set. 2022.

BRASIL. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. Diário Oficial da União, 13 jul. 1984.

BRASIL. Pesquisa do Núcleo de Estudos da Violência. Universidade de São Paulo. 2019. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/>. Acesso em 26 set. 2022.

BRASIL. Reentrada e Reiteraões Infracionais. Conselho Nacional de Justiça. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/panorama-reentradas-sistema.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Sistema Prisional em Números - Capacidade e Ocupação. Conselho Nacional do Ministério Público. 2019. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 231, de 22 set. 1999. 3º Seção. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 15 out. 1999. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_17\\_capSumula231.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf). Acesso em 30 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de 28 mai. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 121.356, de 16 fev. 2016. Primeira Turma. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/862877300/inteiro-teor-862877307>. Acesso em: 29 set. 2022.

DE SOUZA, Ricardo André. Violência Encarcerada. O Globo, [S. l.], p. 3, 22 set. 2019.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JULIÃO, E.F. Políticas de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade no Brasil: questões, avanços e perspectivas na diversidade de sujeitos de direito. Petrópolis, FAPERJ, 2015, p. 125.

SILVA, Evandro Lins e. Grades vergadas de desespero. Folha de São Paulo, p. 5, 11 mar. 2001.

STRECK, Lênio Luiz. Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

VARELLA, Drauzio. Superpopulação carcerária é um grave problema. Reduzi-la é um imperativo urgente. UOL, p. 5, 11 ago. 2020. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/drauzio/artigos/superpopulacao-carceraria-artigo/>. Acesso em: 03 out. 2022.