

BREVE ENSAIO ACERCA DA APLICAÇÃO DA PENA PERANTE A POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ

Ana Laíze Soares Campêlo Lôbo¹, Sávnia Tavares Ribeiro², Vicente Belém de Macêdo Neto³, Micael François Gonçalves Cardoso⁴

Resumo: Acerca do cálculo da pena, dispõe o artigo 68, *caput* do Código Penal que a pena-base deverá ser fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e por último, as causas de diminuição e de aumento. A respeito da segunda fase, dispõe a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça que a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Assim, se a pena-base for fixada no mínimo, a atenuante não incidirá. Originou-se discussão doutrinária acerca de sua possível inconstitucionalidade sob a justificativa de que ofenderia ao menos três princípios constitucionais: da legalidade, isonomia e individualização da pena. Contudo, atualmente, tal querela só tem espaço em campo acadêmico, haja vista que a jurisprudência pátria tem como consolidada sua constitucionalidade com base nos princípios da reserva legal e da pena determinada, compreendendo que o mínimo legal pode ser superado na terceira fase de aplicação da pena com vista à individualização, mas antes desta, seria inconcebível diante da iminente interferência entre os poderes.

Palavras-chave: Aplicação da pena. Súmula 231. Inconstitucionalidade.

1. Introdução

Os problemas estruturais verificados no judiciário brasileiro são muitos. A falta de servidores e excesso de processos, a burocratização exacerbada e a morosidade causam elevada pressurização do sistema. A consequência precípua é a falta de qualidade e efetividade dos serviços prestados, com a aplicação da letra fria da lei e desconsideração das condições do caso concreto. Entretanto, nem tudo que está na lei pode ser considerado justo e a interpretação realizada pelos magistrados deve sempre levar em conta os princípios constitucionais.

A partir de sua publicação, em 15 de outubro de 1999, a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), *in verbis*: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”, originou contenda na doutrina e jurisprudência penal brasileira acerca de sua possível inconstitucionalidade.

Ao elencar o sistema trifásico de cálculo e aplicação da pena exposto no *caput* do artigo 68 do Código Penal (pena-base, intermediária – circunstâncias

1 Universidade Regional do Cariri, e-mail: laizelobo1@gmail.com

2 Universidade Regional do Cariri, e-mail: savia078@gmail.com

3 Universidade Regional do Cariri, e-mail: v.belem@outlook.com

4 Professor do Departamento de Direito da Universidade Regional do Cariri, e-mail: micaelfrancois@hotmail.com

XXI Semana de Iniciação Científica da URCA

05 a 09 de novembro de 2018
Universidade Regional do Cariri

atenuantes e agravantes, definitiva – causas de aumento e diminuição) e considerar o artigo 65 do mesmo diploma que trata das causas atenuantes sempre consideradas para diminuição da pena. Doutrinadores e parte minoritária da jurisprudência afirmam que a súmula não possui amparo legal.

Discorrendo sobre o tema, Cezar Bitencourt (2012) esclarece:

O entendimento contrário à redução da pena para alguém do mínimo cominado partia de uma interpretação equivocada, que a dicção do atual art. 65 do Código Penal não autoriza. Com efeito, esse dispositivo determina que as circunstâncias atenuantes “sempre atenuam a pena”, independente de já se encontrar no mínimo cominado (...). (BITENCOURT, 2012, p.765-6)

Muitos vão além ao expor que a supracitada desrespeita também a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito. Violando os princípios da legalidade, isonomia ou igualdade material e individualização da pena. Haja vista que cada aplicação de pena *in concreto*, deve considerar as particularidades do réu, suas características e os pormenores do caso *sub judice*.

2. Objetivo

Busca-se proporcionar entendimento basilar acerca das fases de aplicação da pena, além da maior compreensão de princípios constitucionais relevantes a todos os ramos do Direito. Apresentar a dosimetria da pena constante na legislação vigente à luz de tais princípios, haja vista que, embora tal tema seja objeto de Súmula, esta não possui força vinculante e deve ser questionada pelos juristas. Com a exposição de opiniões doutrinárias diversas, inclusive contrastantes, procura-se renovar, aprofundar a análise da Súmula 231 do STJ e firmar a concepção interpretativa vigente.

3. Metodologia

A pesquisa teórico-bibliográfica e descritiva da legislação, doutrina e jurisprudência pátrias, bem como de trabalhos acadêmicos, possibilita a apreensão do conteúdo a ser exposto. Neste diapasão, o método comparativo é utilizado a partir da constatação quanto à existência de autores com diferentes entendimentos sobre a súmula 231 do STJ, como instrumento que permite o confronto das opiniões. Por fim, jurisprudências recentes firmam a conclusão quanto à interpretação atual do diploma.

4. Resultados

Desde a data de sua publicação, a súmula 231 do STJ vem sendo aplicada nos diversos tribunais brasileiros e servindo de parâmetro nas questões que envolvem dosimetria da pena, em razão de tratar-se de posicionamento consolidado por tribunal superior, devendo ser obedecido pelos inferiores. Contudo, sua eficácia originou querela doutrinária a partir da afirmação de que

XXI Semana de Iniciação Científica da URCA

05 a 09 de novembro de 2018
Universidade Regional do Cariri

apresentaria reflexos inconstitucionais. Sendo tal tema bastante controvertido na atualidade.

De acordo com o *caput* do artigo 68 do Código Penal que trata do cálculo da pena e com o Princípio da suficiência, busca-se aplicar pena justa ao cidadão. Nesse interim, o magistrado observará, na primeira fase da dosimetria da pena, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ocasião em que fixará uma pena-base. Em outra oportunidade, observará se no caso incidirá alguma circunstância atenuante ou agravante (Respectivamente, artigos 65 e 61 do Código Penal). Posteriormente, em uma última etapa, o magistrado analisará a incidência de alguma causa de diminuição ou aumento da pena, chegando à pena definitiva.

Sobre o assunto, Beccaria (1999) asseverou que:

Podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão. (BECCARIA, 1999, p.16)

O Poder Judiciário deve se constituir sob a égide de certezas “pela simples razão de que a força coercitiva do direito não emana somente da lei, senão das práticas do Judiciário” (STRECK, 1998, p.238). E é justamente nesse cenário, que surge a questão da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que veio proibir a fixação da pena abaixo do mínimo legal, no caso de incidência de circunstância atenuante, demonstrando que a aplicação da lei sem ajuste ao caso concreto é tão injusta quanto a própria ilegalidade.

A fim de ilustrar a questão, considere que dois indivíduos cometem o mesmo crime de homicídio (art.121 do CP, pena abstrata de 6 a 20 anos). Entretanto, o primeiro possuía 22 anos de idade a data do fato, enquanto segundo, 19 anos. Ao aplicar a pena, o magistrado não vislumbrou circunstâncias judiciais relevantes e fixou a pena-base no mínimo legal. Apenas o segundo sujeito faz jus a atenuante da menoridade, não existindo agravantes e ausentes as causas de aumento e diminuição da pena. Apesar de ambos apresentarem condições distintas, são tratados de forma igual, pois o juiz fica impedido de diminuir a pena aquém do mínimo legal.

O exemplo explanado acima, de acordo com a aplicação da Súmula 231, causaria severa ruptura com a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito ao contrariar princípios da legalidade, isonomia, individualização da pena e dignidade da pessoa humana.

Já de acordo com os defensores de sua constitucionalidade, o magistrado não poderia diminuir a pena abaixo do mínimo legal, em primeira e segunda fase de aplicação da pena porque tal fato constituiria violação aos princípios da reserva

XXI Semana de Iniciação Científica da URCA

05 a 09 de novembro de 2018
Universidade Regional do Cariri

legal e da pena determinada, ambos previstos na Constituição Federal, artigo 5º, inc. XXXIX e art. 5º, inc. XLVI, respectivamente.

Doutrinadores e estudantes agarram-se ao argumento de que a súmula não acompanhou a evolução da sociedade e do constitucionalismo que elevou a Carta Magna como o centro de todo o ordenamento jurídico. Contudo, a Jurisprudência pátria acompanha a corrente majoritária que afirma ser constitucional a Súmula 231 do STJ e consolidado o seu entendimento:

Tribunal de Justiça do Amazonas TJ-AM: 02329243620168040001 AM 0232924-36.2016.8.04.0001

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. ATENUANTE RECONHECIDA E NÃO APLICADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231 STJ. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

Em análise aos poucos julgados fundamentados, percebe-se que as alegações para aplicação da Súmula se baseiam no fato de que a pena poderia chegar a “zero”. Além do que, se a atenuante fosse aplicada, existiria verdadeira interferência entre os poderes, eis que a norma jurídica elaborada pelo legislador, em sua função típica, estabelece que apenas na terceira fase da dosimetria da pena é que esta poderia ser fixada ultrapassando os limites legais. Sobre o tema Nucci (2006) leciona que:

(...) 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. 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 (NUCCI, 2006, p. 436-437).

Ademais, afirma-se que não há que se falar em inconstitucionalidade de súmula de Tribunal Superior, haja vista que não é lei, não tem força de lei e conseqüentemente, não pode ser objeto de controle de constitucionalidade.

5. Conclusão

Diante do exposto, a partir de uma visão panorâmica das diversas opiniões e argumentos de defesa, é possível notar que muito embora doutrinadores e estudantes em cenário acadêmico sigam produzindo discussões acerca da constitucionalidade da súmula 231 do STJ, a jurisprudência pouco fundamenta seus julgados, tendo como consolidado o entendimento do Tribunal Superior.

À guisa de justificar sua aplicação, firma-se que os limites de fixação da pena podem ser superados a partir da consideração de tais circunstâncias na terceira fase, em que é cominada a pena definitiva, já que o próprio legislador assim orienta, individualizando-a em relação ao caso concreto. O que não pode ocorrer nas duas primeiras fases em razão de as circunstâncias não fazerem parte do tipo penal, sob a pena de interferência entre os poderes.

XXI Semana de Iniciação Científica da URCA

05 a 09 de novembro de 2018
Universidade Regional do Cariri

6. Referências

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1 ed. São Paulo: Edipro, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amazonas. Apelação n. 02329243620168040001 AM 0232924-36.2016.8.04.0001. Relator JORGE Manuel Lopes Lins. Julgamento em 07 de maio de 2017. Disponível em: https://tjam.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526068864/2329243620168040001-am-0232924-3620168040001?ref=serp_10686072015296001-mg. Acesso em: 13 de Outubro de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral, parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ROCHA, Itaércio Araújo. A inconstitucionalidade da súmula 231 do STJ. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://itaercio27.jusbrasil.com.br/artigos/482635576/a-inconstitucionalidade-da-sumula-231-do-stj>. Acesso em: 13 de Outubro de 2018.

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

URAGUE, Andressa Michele. Análise da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça e seus Reflexos (In) constitucionais. **Jurídico Certo**. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/advmicheleurname/artigos/analise-da-sumula-231-do-superior-tribunal-de-justica-e-seus-reflexos-in-constitucionais-2329>. Acesso em: 13 de Outubro de 2018.