

A revisão do enunciado nº 231 da súmula do STJ:
por uma máxima efetividade da força normativa do princípio da
individualização da pena

André Pires Gontijo*

1. Considerações iniciais

O presente ensaio decorre da experiência cotidiana do ambiente acadêmico, em especial no espaço de pesquisa científica do Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC, conjugado com o dia-a-dia dos casos concretos presenciados na Seção de Prática Jurídica (SEJUR) do Núcleo de Práticas Jurídicas – NPJ/UniCEUB.

Diuturnamente, não apenas no SEJUR, mas praticamente em todas as circunscrições judiciárias do Distrito Federal, os operadores do Direito vivenciam situações em que os magistrados, guiados pela orientação da Corte Superior, se encontram na saia justa de aplicar a redação do Enunciado n. 231 da Súmula do STJ, em face das atenuantes do artigo 65 (muitas vezes combinadas com o artigo 67) do Código Penal Brasileiro.

O presente estudo visa, portanto, iniciar o debate acadêmico-profissional, no sentido de interpretar a redação dos dispositivos do Código Penal, segundo a essência dos princípios constitucionais envolvidos, todos iluminados pelos Princípios Norteadores da Interpretação Constitucional.^[01]

Para tanto, mesclar-se-ão as perspectivas empírica e crítico-normativa (dimensões de uma metódica estruturante)^[02], a fim de averiguar as condições de eficácia da norma constitucional relativa à individualização da pena e o modo como os magistrados a observam e aplicam nos vários contextos práticos do cotidiano jurídico.

2. O Enunciado n. 231 da Súmula do STJ

O debate iniciado circunscreve-se a não aplicação, na maioria dos processos em curso, de circunstâncias atenuantes (muitas vezes de natureza preponderante) aos réus, em razão da incidência do Enunciado n. 231 da Súmula da Colenda Corte Superior, o qual se transcreve: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

O Enunciado, publicado no Diário de Justiça (DJ) de 15.10.1999, tem como precedentes que o fundamentam os seguintes julgados: REsp n. 7287/PR,

REsp n. 15691/PR, REsp n. 32344/PR, REsp n. 46182, REsp n. 49500 e REsp n. 146056/RS.^[03]

Com efeito, o entendimento do STJ baseia-se na hipótese em que a pena-base só pode ser alterada (seja no seu mínimo ou máximo abstratos) apenas na 3ª fase, no momento da incidência de causas de aumento ou diminuição de pena, conforme a Ementa do REsp 46182:

PENAL. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. MENORIDADE E CAUSA DE AUMENTO. FIXAÇÃO DA PENA. CRITÉRIOS.

1. O sistema adotado pelo Código Penal impede que, estabelecida a pena-base consideradas as circunstâncias judiciais, existindo circunstância atenuante, o juiz diminua a pena abaixo do estabelecido em lei. Portanto, fixada a pena-base no mínimo legal, mesmo levando em conta a menoridade do réu, a pena não pode ser reduzida para quantidade inferior ao mínimo abstratamente considerado. É que as circunstâncias legais influem sobre o resultado a que se chega na primeira fase, cujos limites, mínimo e máximo, não podem ser ultrapassados. Apenas na terceira fase, quando incidem as causas de diminuição e de aumento, e que aqueles limites podem ser ultrapassados.

2. Precedentes.^[04]

Na mesma linha segue o REsp 15691, mesmo com a discussão adentrando no plano constitucional, cujo Relator, Min. Pedro Acioli, ficara vencido, segundo os termos da Ementa, *in verbis*:

RESP – PENAL – PENA – ATENUANTE

O princípio constitucional da individualização da pena visa a resguardar o direito de liberdade. A cominação (in abstrato) não se confunde com a aplicação (in concreto). A atenuante não se confunde com a causa especial de diminuição da pena. A primeira enseja o juiz, nos limites da cominação, reduzir a pena-base. A redução, pois, não pode transpor o mínimo fixado na lei. A segunda, sim, conduz a grau menor porque o legislador afetou o *quantum* da cominação.^[05]

Dessa forma, a Corte Superior foi construindo seus precedentes, sem observar que a interpretação a ser comaltada poderia distorcer a interpretação do princípio constitucional da individualização da pena, cujo reflexo se estende aos dispositivos do Código Penal Brasileiro, ferindo de morte o direito fundamental pertencente ao réu. Assim, faz-se necessário apresentar novos fundamentos, os quais ensejem a revisão, acerca da aplicação dos magistrados, e posterior revogação do Enunciado n. 231 pelo STJ.

3. Afronta às garantias fundamentais: apresentação dos fundamentos para uma máxima efetividade da força normativa da individualização da pena

Observando-se a história do Enunciado, percebe-se que esse, sob a ótica da Carta Magna, beira a inconstitucionalidade, por afrontar, de maneira direta, princípios constitucionais conexos ao Direito Penal, os quais constituem direitos fundamentais do Réu, em especial o princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), cujo reflexo se encontra no Código Penal, consoante a interpretação dos artigos 59 e 68 desse diploma legal.

Nesse sentido, deve-se considerar, a título exemplificativo, a menoridade relativa e a confissão espontânea, de acordo com a redação do art. 65 do CP – "São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena: I – ser o agente menor de 21 (vinte e um) anos, na data do fato (...); III – ter o agente: *d*) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime". O não cumprimento de dispositivos legais, de natureza cogente, enseja, sem sombra de dúvidas, mais uma afronta a uma garantia fundamental, desta vez ao princípio da legalidade, com previsão expressa no art. 5º, incisos II e XXXIX, do texto constitucional.

Com efeito, a limitação da pena já foi observada pelo magistrado, no momento em que este aplica a pena-base, segundo a exegese do inciso II do art. 59 do CP, estabelecendo, conforme seja suficiente para reprovação e prevenção do crime, a **quantidade** de pena aplicável, **dentro dos limites previstos**, quais sejam: o mínimo e o máximo abstratos. Dessa forma, ultrapassada a fase da fixação da pena-base, há o momento adequado para se proceder à sua elevação ou redução (na incidência de agravantes ou atenuantes e nos casos especiais de aumento ou diminuição da pena), em razão do princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI).

Nesse contexto, ambos os dispositivos normativos – Constituição e Código Penal – devem ser iluminados pelo princípio fundamental da **dignidade da pessoa humana** (CF, art. 1º, III), e compreendidos com o auxílio dos princípios norteadores da interpretação constitucional, os quais constituem meios para a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Nessa perspectiva, o **princípio da unidade da Constituição** assevera que todo o direito constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições entre suas normas, havendo a necessidade de não se considerar uma norma isoladamente, mas sempre na totalidade do contexto em que está inserida. A seu turno, **a força normativa da Constituição** implica não só cumprir seus mandamentos, mas extrair a máxima eficácia possível em cada problema concreto a solucionar, possibilitando a atualização normativa dos seus dispositivos, a fim de garantir a sua eficácia e permanência, preservando-se, com **o princípio do efeito integrador**, a unidade política da Constituição, pois de acordo com **o princípio da máxima efetividade**, as normas constitucionais devem gozar da máxima plenitude possível, em concordância prática com a harmonização de seus preceitos, sendo concretamente vivida pelos membros da coletividade.^[06]

Dessa forma, ao se aplicar esses princípios norteadores aos casos concretos, observar-se-á que os arts. 59 e 68 do Código Penal não podem ser interpretados de maneira isolada. Devem, com efeito, serem conformados, em um âmbito constitucional, com o art. 65 do diploma penal e, se for o caso de

menoridade relativa (CP, art. 65, I), não se pode esquecer do art. 67, o qual torna esta circunstância atenuante **preponderante**, pelo fato da menoridade relativa se caracterizar como um atributo da personalidade do agente.

Assim, as atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal, porque após a reforma de 1984, se se afastar a incidência da atenuante, não se estará atendendo o princípio de sua aplicação obrigatória. Logo, tais circunstâncias devem ser observadas na segunda fase, não estando o juiz adstrito aos limites legais, podendo reduzir a pena aquém do mínimo legal.^[07]

Nesse sentido, são os ensinamentos do Ministro do STJ, Luiz Vicente Cernicchiaro, em acórdão proferido nesse Colendo Tribunal Superior, *in verbis*:

RESP – PENAL – PENA – INDIVIDUALIZAÇÃO – ATENUANTE – FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL – O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5º, XLVI), materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo o grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme critério do art. 68 do CP, fixar a pena *in concreto*. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, **ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade**, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie sub judice, **a pena-base foi fixada no mínimo legal**. Reconhecida, ainda, a **atenuante da confissão espontânea** (CP, art. 65, III, d). **Todavia, desconsiderada** porque não poderá ser reduzida. **Essa conclusão significa desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina preponderar todas as circunstâncias do crime"**.^[08]

Em se tratando de fundamentos constitucionais, é importante expressar a divergência dos Tribunais em relação a interpretação da matéria, consoante ao disposto no TJERS, em que a 5ª Câmara Criminal, na Apelação Crime n. 70008559429 debateu e decidiu, *in verbis*:

FURTO EM CONCURSO DE AGENTES. PENA. DOSIMETRIA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. É entendimento da 5ª Câmara Criminal que, no furto qualificado pelo concurso de agentes, por isonomia ao delito de roubo, a pena deve corresponder ao furto simples com a majoração prevista para o roubo, de 1/3 a metade. ATENUANTE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. **A aplicação de atenuante é direito do réu, motivo pelo qual deve ser aplicada mesmo que a pena fique aquém do mínimo.** APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.^[09]

Com efeito, a Relatora desse julgado, Desembargadora Genacéia Alberton, escorada pelo entedimento de Mirabete, enfrenta em seu voto (acolhido por

unanimidade) a incidência do Enunciado n. 231 da Súmula do STJ, com as seguintes palavras:

Porém, de acordo com a posição que se adota nesta 5ª Câmara Criminal, não importa que a fixação da pena fique abaixo do mínimo, isto porque as atenuantes são circunstâncias que, pelo seu aspecto positivo merecem ser consideradas na diminuição da reprimenda a fim de que o sancionamento observe a individualidade do acusado (art. 5º, inc. XLVI da Constituição Federal). Portanto, a **aplicação da atenuante é um direito do acusado.**^[10]

Não obstante, grande parte dos casos concretos nem mesmo reconhecem, na segunda fase da aplicação da pena, a circunstância atenuante de confissão espontânea (CP, art. 65, III, *d*), em razão da aplicação do Enunciado n. 231 da Súmula do STJ. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao tratar do tema, assevera no Informativo n. 132 (cujo título é "Confissão: **Atenuante Obrigatória**") nos seguintes termos:

A Turma **deferiu em parte** *habeas corpus* **contra acórdão** do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul **que deixara de aplicar a circunstância atenuante relativa à confissão espontânea do réu** por ter sido o mesmo preso em flagrante. Entendeu-se que, **para a concessão da referida atenuante**, pouco importa a prisão em flagrante, **bastando tão-somente o cumprimento da exigência legal** (CP, art. 65, III, *d*: "São circunstâncias que sempre atenuam a pena:... III - ter o agente:... *d*) confesado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;"). *Habeas corpus* deferido em parte para que **seja observada a circunstância da confissão espontânea na fixação da pena do paciente**. Precedentes citados: HC 69.479-RJ (DJ de 18.12.98) e HC 68.641-DF (RTJ 139/885). HC 77.653-MS, rel. Min. Ilmar Galvão, 17.11.98.^[11]

Por fim, valiosos são os ensinamentos acerca do princípio da conformidade funcional proferidos pela professora Christine Peter, nos quais se depreende que:

O princípio da exatidão funcional diz que quando a Constituição regula de uma determinada maneira as tarefas dos titulares de funções estatais **o órgão interpretador deve ater-se ao âmbito das funções que lhe são destinadas**. Assim sendo, esse órgão **não deve modificar a repartição das funções por meio da maneira e do resultado de sua interpretação**.

Também chamado de princípio da justeza, o princípio da conformidade funcional significa que **o órgão (ou órgãos) encarregado(s) da interpretação-concretização da lei constitucional não pode(m) chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido.**^[12]

Portanto, o que se observa é um encadeamento de sucessivos erros, causados pela aplicação do Enunciado n. 231 da Súmula do STJ, o qual, em virtude dos argumentos acima expostos, se apresenta como uma afronta ao dispositivo cogente da lei federal e aos princípios constitucionais a ela conexos, beirando, dessa forma, a inconstitucionalidade, merecendo, assim, ser afastado o entendimento do Enunciado n. 231, devendo ser revisto pelo STJ, na forma do art. 125, §§ 1º a 3º de seu Regimento Interno.

4. Conclusão ou início do debate acadêmico?

O que se espera com este ensaio é estimular os acadêmicos e os profissionais da seara jurídica a observar, com um pouco mais de detalhe, os preceitos constitucionais que circundam as relações jurídicas e, nesse sentido, começar a revisitar alguns conceitos inerentes ao cotidiano das teses de nossos casos concretos.

Assim sendo, revisar o Enunciado n. 231 da Súmula do STJ é o início de uma etapa – a abertura do diálogo entre magistrados, assessores, pesquisadores, advogados e estagiários – no sentido de se determinar a argumentação mais adequada para as discussões acadêmico-profissionais no âmbito do Poder Judiciário.

Por fim, espera-se ter contribuído com fundamentos para o debate e que novos interlocutores ofereçam teses e argumentações sobre o assunto, além de, sobretudo, incentivar o estudo do direito constitucional e sua conexão, mediante os princípios norteadores da interpretação constitucional, com os outros ramos da ciência do Direito.

5. Referências

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

JESUS, Damásio Evangelhista de. *Código Penal Anotado*. 15. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 238-247.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. A pesquisa científica na graduação em Direito. *Universitas/ Jus: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais*. Brasília, n. 11, p. 25-43, dez. 2004.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Discussões prático-metodológicas sobre relatórios de pesquisa no contexto da iniciação científica em Direito. *Universitas/ Jus: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais*. Brasília, n. 12, p. 39-54, jul. 2005.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Hermenêutica constitucional e os princípios norteadores da concretização das normas constitucionais. *Notícias do Direito Brasileiro*. Brasília: UnB, n. 09, p. 155-175, 2002, p. 160-168.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Metodologia de pesquisa científica e o Direito Constitucional. *Universitas/ Jus*: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais. Brasília, n. 09, p. 247-262, jul./dez. 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. REsp n. 68120/MG. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 16.09.1996, DJ 09.12.1996, p. 49296. Disponível em: . Acesso em: 08.09.2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. REsp 46182. Rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 04.05.1994, DJ 16.05.1994. Disponível em: . Acesso em: 07.09.2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 231. Informações. Disponível em: . Acesso em: 07.09.2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 77.653/MS. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 17.11.1998. Informativo n. 132. Disponível em: . Acesso em: 07.09.2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 5ª Câmara Criminal. Apelação Crime n. 70008559429. Rel. Des. Genacéia Alberton. Disponível em: . Acesso em: 07.09.2005.

VIEIRA, Liliane dos Santos. *Pesquisa e monografia jurídica na era da informática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

Notas

⁰¹ Os princípios norteadores da interpretação constitucional não são princípios, mas métodos para fomentar a interpretação do magistrado à luz dos dispositivos constitucionais. Sobre esses instrumentos, a fonte primária se encontra em HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. Para uma abordagem atual e mais combativa do assunto, cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. Hermenêutica Constitucional e os Princípios Norteadores da Concretização das Normas Constitucionais. *Notícias do Direito Brasileiro*. Brasília: UnB, n. 09, p. 155-175, 2002.

⁰² Sobre a metódica estruturante, cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. Metodologia de pesquisa científica e o Direito Constitucional. *Universitas/ Jus*: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais. Brasília, n. 09, p. 247-262, jul./dez. 2002.

⁰³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 231. Informações. Disponível em: . Acesso em: 07.09.2005.

⁰⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma. REsp 46182. Rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 04.05.1994, DJ 16.05.1994. Disponível em: . Acesso em: 07.09.2005.

⁰⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Turma. REsp 15691. Rel. Min. Pedro Acioli, j. 01.12.1992, DJ 03.05.1993. Disponível em: . Acesso em: 07.09.2005.

⁰⁶ Cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. Hermenêutica constitucional e os princípios norteadores da concretização das normas constitucionais. *Notícias do Direito Brasileiro*. Brasília: UnB, n. 09, p. 155-175, 2002, p. 160-168.

⁰⁷ Cf. JESUS, Damásio Evangelhista de. *Código Penal Anotado*. 15. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 238-247.

⁰⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. REsp n. 68120/MG. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 16.09.1996, DJ 09.12.1996, p. 49296. Disponível em: . Acesso em: 08.09.2005.

⁰⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 5ª Câmara Criminal. Apelação Crime n. 70008559429. Rel. Des. Genacéia Alberton. Disponível em: . Acesso em: 07.09.2005.

¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 5ª Câmara Criminal. Apelação Crime n. 70008559429. Rel. Des. Genacéia Alberton. Disponível em: . Acesso em: 07.09.2005.

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 77.653/MS. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 17.11.1998. Informativo n. 132. Disponível em: . Acesso em: 07.09.2005.

¹² SILVA, Christine Oliveira Peter da. Hermenêutica constitucional e os princípios norteadores da concretização das normas constitucionais. *Notícias do Direito Brasileiro*. Brasília: UnB, n. 09, p. 155-175, 2002, p. 164.

* bacharelado em Direito pelo UniCEUB, pesquisador do CNPq

GONTIJO, André Pires. A revisão do enunciado nº 231 da súmula do STJ: por uma máxima efetividade da força normativa do princípio da individualização da pena. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 826, 7 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7398>>. Acesso em: 26 out. 2006.