

"PODE ISSO, ARNALDO?" UMA SÚMULA NÃO VINCULANTE, MAS QUE VINCULA E AFASTA O CÓDIGO PENAL

*"IS THIS POSSIBLE, ARNALDO?" A NON-BINDING SUMMARY,
BUT WHICH BINDS AND REMOVES THE PENAL CODE*

Assista aos comentários
do autor para este artigo



TIAGO OLIVEIRA DE CASTILHOS

Doutor em Ciências Criminais PUC/RS (2020). Mestre em Ciências Criminais PUC/RS (2012). Especialista em Ciências Penais PUC/RS (2010). Professor das disciplinas de Direito Penal e Processo Penal do Centro Universitário FADERGS. Professor convidado do Centro Universitário UniRitter, nas disciplinas de Processo Penal e Atividade Policial, Violência e Criminalidade. Advogado criminalista.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0117275945355518>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-6420-0966>].
DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.95>].
tiagodecastilhos@gmail.com

Recebido em: 31.08.2021

Aprovado em: 08.12.2021

Última versão do autor: 12.12.2021

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo trazer à baila o seguinte problema: "existe súmula não vinculante, no Brasil, que vincula o juízo, no momento da aplicação da pena? Ela leva a pena a ficar acima do mínimo legal?". Em outras palavras: "se pode ser aplicada uma súmula em detrimento do Código Penal – CP – sem ser ela vinculante e sem ser a lei aplicada ou parte dela inconstitucional". O trabalho vai discorrer se, ao aplicar o Código Penal, no que se refere ao método de aplicação da pena, o intérprete passa a ser obrigado a aplicar a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que determina que a pena não pode ficar abaixo do mínimo legal. Com esta pesquisa, a pergunta sobre se essa prática é

ABSTRACT: This article aims to bring up the following problem: "there is a non-binding summary, in Brazil, that binds the court, at the time of application of the penalty? It pays to stay above the legal minimum ". In other words: "a summary can be applied to the detriment of the Penal Code – CP – without being binding and without being the applied law or part of it unconstitutional". The work will discuss whether, when applying the Penal Code, with regard to the method of applying the penalty, the interpreter is obliged to apply the precedent 231 of the Superior Court of Justice – STJ, which determines that the penalty cannot remain below the legal minimum. The question will be answered, with this research, if

adotada será respondida, há quanto tempo e se ela respeita a aplicação proporcional e constitucional da pena; ainda, como o juízo aplica a pena com a referida súmula, e se ela respeita a visão e missão pós-reforma de 1984 e pós-Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Pena – Súmulas – (Não) vinculante – Irrazoabilidade – Proporcionalidade.

this practice is adopted, for how long and if it respects the proportional and constitutional application of the penalty. How does the judgment with the aforementioned summary apply and if it respects the vision and mission after the 1984 reform and after the 1988 Constitution.

KEYWORDS: Feather – Overviews – (Not) binding – Unreasonableness – Proportionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O método de aplicação da pena e suas (in)congruências. 3. Um (re)modelo de método de aplicação da pena e o respeito à proporcionalidade. 4. "Pode isso, Arnaldo?" A súmula não vinculante que vincula e afasta o Código Penal. 5. O afastamento das circunstâncias genéricas, na segunda fase da aplicação da pena, como ofensa à sua individualização. 6. Considerações finais. 7. Referências. Legislação. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo atacar o seguinte problema de pesquisa: indagar se a Súmula 231 do STJ, que não é vinculante, pode ser aplicada como se vinculante fosse e, se assim for, se pode afastar artigo do Código Penal constitucionalmente válido. Logo, pode o entendimento consolidado dos Tribunais Superiores afastar determinação da lei penal que não seja inconstitucional? Para isso far-se-á a abordagem com o estudo sobre os entendimentos emanados em julgamentos e na pesquisa da doutrina.

O artigo terá a seguinte estrutura, para o fim de responder a pergunta: no segundo capítulo a abordagem sobre o caso prático do qual decorre o problema e o método de aplicação da pena. Já no terceiro capítulo tratar-se-á de abordar uma nova aplicação da pena, afastando a súmula que determine o afastamento de leis constitucionais e, no quarto capítulo, a explicação sobre a aplicação da súmula e o perigo que ela representa quando deteriora a aplicação do Código Penal sem vícios de constitucionalidade. Por fim, no último capítulo, explicar, mesmo que de forma sucinta, que os afastamentos das circunstâncias genéricas, na segunda fase da aplicação da pena, são ofensas à individualização da pena. Nas conclusões, pretende-se, sem esgotar o assunto, dar uma resposta ao problema de pesquisa.

O direito, em sua longa vida, criou para si uma linguagem específica, que contém sentido próprio, ou seja, todo aplicador do direito penal identifica o sentido de cada palavra dentro da especificidade da linguagem, mas ela não pode ser descontextualizada do caso em si. Por exemplo: o significado da palavra “condeno”:

alguém tem dúvida de que seu significado mostra que a pessoa foi condenada a uma pena? Não se tem dúvidas do seu significado. Como ensina a doutrina, não pode o aplicador da lei dar um sentido próprio a qualquer palavra, pois ela não tem e não pode ter o significado que ele (intérprete) bem queira dar. Ele não pode impor sentido à palavra “condeno” diverso do que ela possui, dando significado como “absolvo”, que é a sua antítese, inclusive.

Essa prática também pode ser exemplificada com o uso da palavra “culpabilidade”, que será manipulada ao longo do processo penal, mas também ao longo das três fases de aplicação da pena. No momento da dosimetria, também aparecem oportunidades de manipulações que serão objeto de estudo em outro texto, mas uma delas é a manipulatória, aplicação de uma súmula que tem o poder de afastar a lei penal. Aqui se abordará apenas a manutenção do sentido da palavra que ela já possui para a aplicação da pena. Pertinente ao trabalho, e como exemplo, o significado da palavra “sempre”, pergunta-se: “poderia o intérprete aplicar sentido diverso ao que a palavra ‘sempre’ possui?” Poderia ele aplicar sentido na palavra como “talvez” ou “quem sabe”? Veja que o objetivo do trabalho está no deslumbrar os horrores da aplicação da pena, no Brasil, e desvendar que o juiz, como bem alertado pela doutrina, aplica o sentido que bem entende e quer dar às coisas, até mudá-lo.

Para exemplificar e desnudar a prática na vida forense, mostrar-se-á que a palavra “sempre”, na aplicação da pena, no método trifásico, na sua segunda fase especificamente, ou seja, na pena “provisória”, tem sido aplicada pelo intérprete com sentido diverso do sentido que ela (palavra) possui, que é: “sempre”. O intérprete tem aplicado o “depende” ou “nunca” como significado para a palavra “sempre”. O trabalho será posto, então, na segunda fase de aplicação da pena, porque nela está escrito que “sempre” as agravantes e atenuantes serão aplicadas.

Apresentar-se-á, além de uma nova proposta de aplicação da pena, sim, como já feito na “A primeira fase de aplicação da penal criminal: critérios e metodologia”, nesse, no que se refere à aplicação da pena, uma forma diferente do que aplica a jurisprudência com apoio de parte da doutrina.

Verá o leitor em quais contextos a palavra é aplicada, como no contexto do método de aplicação da pena e o exercício, o “pilates jurídico” (alongamento do sentido) que fazem tanto a jurisprudência quanto a doutrina que valida a aplicação da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, para todos os casos e de forma universal. O argumento será sempre (aqui se aplica o sentido correto da palavra, ou seja, “sempre”) de que a pena pode ficar aquém do mínimo legal e não como se tem aplicado, com o sacrifício da lei constitucionalmente válida, de artigos constitucionalmente válidos, ao alvedrio da Constituição Federal – CF. Tal prática torna uma súmula que não é vinculante em vinculante, pois todos os

juristas aderem a ela como se fosse a tábua de salvação de todos os casos no cotidiano forense. Tal prática externa o caráter recrudescedor e punivista, ou seja, a demonstração da cultura punitivista em que se vive no Brasil.

O método de estudo foi o dedutivo, com base na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais. Também se buscou informações em sítios jurídicos oficiais, revistas acadêmicas, que trouxeram entendimento sobre a forma e a origem do entendimento consolidado na súmula que foi pelo estudo atacada.

O capítulo que se avizinha tratará sobre o método de aplicação da pena e suas mazelas.

2. O MÉTODO DE APLICAÇÃO DA PENA E SUAS (IN)CONGRUÊNCIAS

A pena deve responder ao que emana do art. 5º, inciso XLVI, da CF, pois tem que ser individualizada, possibilitando a sua aplicação em fases e uma melhor visualização dos critérios que são usados para determinar o quanto em tempo de cumprimento a ser cumprido no cárcere. Aqui não será realizada a crítica necessária à aplicação da pena-base,¹ por não ser o meio adequado, mas uma crítica parcial, especificamente a vinculação do juízo a uma súmula que afasta artigos de lei que são constitucionalmente válidos. Essa prática empurra o juízo a aplicar mais pena, quando ele deveria quantificar na forma que a lei determina, ou seja, fala-se da segunda fase de aplicação da pena, especificamente no que determina as “agravantes” e “atenuantes”.

No método de aplicação da pena existem três fases, conhecidamente, na forma do art. 68 do Código Penal (o método trifásico): a primeira fase ou pena-base, na forma do art. 59 do CP, que faz o *start* da aplicação da pena e nela existem oito “circunstâncias” chamadas “judiciais”, também conhecidas como “vetores”² para parte da doutrina.

Contudo, o método não para na primeira fase apenas, pois há a segunda fase, também conhecida de fase da “pena provisória”, quando são aplicadas as

1. Com a proposta de uma nova forma de aplicação da pena-base (CASTILHOS, 2021, p. 147 e seguintes).
2. Conforme explica o autor, na nota 22, os “vetores” tornam-se uma forma melhor de identificação dos elementos que são usados para a aplicação da pena-base, melhor do que chamá-los de “circunstâncias judiciais”, pois que são legais e algumas incongruentes com o Estado Democrático de Direito. Elas proporcionam um caminho a ser seguido para que o juiz aplique a pena-base, ao passo que os vetores são aplicados dentro de critérios de razoabilidade (CASTILHOS, 2021, p. 24).

CASTILHOS, Tiago Oliveira de. “Pode isso, Arnaldo?” Uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 223-256. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.95].

“agravantes” e as “atenuantes”,³ que são chamadas de “circunstâncias legais”. Já a última fase, ou seja, a terceira fase da aplicação da pena, recebe o nome de “pena definitiva”, momento em que se aplica o que majora ou minora a pena, que está estabelecido no próprio instituto penal. Ao chegar à terceira fase, terá então o réu, já condenado, o quanto de pena definitiva,⁴ pena chamada *in concreto*, sabendo o quanto em tempo de pena terá que cumprir e também o regime inicial de seu cumprimento.

É necessária, para a compreensão do método e para a compreensão do trabalho, a realização de um exercício hipotético de aplicação da pena. Também, que se entenda que o manuscrito não tratará do aumento de pena acima do máximo estabelecido pela lei, pois que ilegal, sendo de conhecimento que o princípio da legalidade estrita impera nesta hipótese,⁵ mas no que se refere à aplicação da pena a quem do mínimo legal calcada em hipótese de política criminal.⁶

Para a melhor compreensão do trabalho far-se-á a apresentação de um caso hipotético, em que pese hipotético para os fins didáticos inúmeros exemplos similares no dia a dia forense. A proposição trata de um caso de roubo, art. 157, *caput*, do CP, cometido por uma pessoa com menos de vinte e um anos no momento do fato. Usa-se esse exemplo, como já dito hipotético, por ser comum, um caso cotidiano em todo o Brasil.

Vamos a ele: uma pessoa cometeu o ilícito de roubo, art. 157 do CP, sendo de conhecimento que a pena inicial, em abstrato, é de quatro anos e como penal final cominada em dez anos. O regime de cumprimento de pena é a reclusão. O juiz vai aplicar a pena entre o mínimo e o máximo usando o Código Penal, respeitando o método trifásico para o fim de alcançar a individualização da pena calcada

3. Seus dispositivos estão no CP, no art. 61 ao 67 (BOSCHI, 2014, p. 199).

4. Ensina o autor que “[...] as qualificadoras formam *tipos novos*, sempre cominando pena privativa de liberdade em margens *novas e mais graves* que as cominadas nos tipos *dos quais derivam*. [...]” (BOSCHI, 2014, p. 251).

5. O autor explica o motivo constitucional para a não aplicação da pena acima do máximo legal, veja: “Todavia, impende observar que a interpretação ora proposta em relação às atenuantes *não viola qualquer norma legal ou constitucional*, enquanto a identidade de tratamento com referência às agravantes implicaria o desrespeito frontal ao princípio da legalidade. [...]” (PACELLI, 2015, p. 499).

6. Já no caso contrário, explicações baseadas em política criminal e na menor reprovabilidade do ato, bem como a mesma explicação calcada no princípio da legalidade, seriam argumentos justificantes para a aplicação da pena abaixo do mínimo legal (PACELLI, 2015, p. 499).

na estrita legalidade. Verterá desse exercício o valor a ser aplicado, em tempo de pena, para a pessoa condenada pelo ilícito praticado.

No caso proposto, a pena-base ficará no mínimo⁷ legal e será aplicada assim porque não houve nenhuma circunstância judicial negativa, na forma do art. 59 do CP, sendo esse o entendimento jurisprudencial.⁸ Já na segunda fase, conhecida como da “pena provisória”, diz-se que “sempre” serão aplicadas as circunstâncias legais chamadas de “agravantes” e “atenuantes”.

É importante frisar que a palavra “sempre” possui um sentido que já está em si e não pode ser alterado; o sentido é performativo, semântica pura, e deve ser seguido na sua literalidade, na literalidade da lei ou na “letra da lei”.⁹ Se o juiz não aplicar as “agravantes” ou as “atenuantes”, ou aplicar apenas uma e não a outra, ou fizer vistas grossas a sua existência, estará desrespeitando a individualização da pena, o princípio da legalidade e o próprio sentido que tem a palavra “sempre”. Sabe-se que a palavra não significa “talvez”, mas sim “sempre”,¹⁰ esse é o

7. Ver tese no STJ que indica como norte a aplicação da pena-base no mínimo legal quando não houver “vetores” desfavoráveis (CASTILHOS, 2021, p. 98 e seguintes). No que se refere à “necessidade da pena”: TOLEDO, 1994, p. 71; BOSCHI, 2014, p. 160.
8. Se as “circunstâncias judiciais” ou “vetores” não extrapolarem as barreiras que foram impostas pelo próprio ilícito típico, a pena-base deve ser aplicada no mínimo legal estabelecido pelo tipo. (CASTILHOS, 2021, p. 98). Ver também: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp]. Acesso em: 24.04.2021. A Tese 1 da Edição n. 26 – Circunstâncias Judiciais. Deve o juiz demonstrar fundamentadamente quais são as circunstâncias que extrapolam as barreiras do tipo de forma específica.
9. Alerta o autor que “[...] ‘cumprir a letra [sic] da lei’ significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. [...]” (STRECK, 2010, p. 170).
10. Veja que, em um dos acórdãos que serviram de base para o STJ firmar entendimento básico para a Súmula 231, o Recurso Especial 7.287/PR, Diário da Justiça em 06.05.1991, fica claro que a correção da pena aplicada abaixo do mínimo legal deve se dar quando ocorrer a aplicação em “equivocado critério” usado pelo juiz, quando da aplicação das agravantes. Veja a ementa: “Penal. Pena. Fixação. Critérios. Se a redução da pena importou em fixá-la abaixo do mínimo legal, por força de equivocado critério na ordem de consideração de causa especial de aumento e de atenuante, merece reforma a decisão” Relatoria do Ministro Willian Patterson. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf]. Acesso em: 24.04.2021. Juízes e tribunais têm aplicado a súmula não só ao alvedrio do Código Penal como, também, contra o entendimento estabelecido nos próprios critérios que levaram à edição da Súmula 231 pelo STJ, que seriam para aqueles casos em que ocorra erro de critérios. Na prática, não há o que chamou o ministro, quando do julgamento do Recurso Especial em tela, de “equivocado critério na ordem de consideração de causa especial de aumento e de atenuante, [...]”, sendo aplicada para qualquer caso.

sentido dela e deve ser respeitado. Não pode e não deve o juiz afastá-la como bem entende, decidir conforme a sua “consciência” ou seja, sobre “o que ele pensa sobre a lei”,¹¹ mas deve ele seguir a lei, seguir a individualização na aplicação da pena, seguir a legalidade e ainda, aplicar, no que couber, os institutos de política criminal existentes, sob pena de decidir de forma “solipsista”.¹²

Nessa segunda fase, o aplicador da pena verifica, conforme o caso hipotético, que não há “agravantes” a serem aplicadas, logo, não pode aplicar nada aqui além do que já foi aplicado na primeira fase. No entanto, ele percebe que há a “atenuante” da menoridade penal, pois o crime foi praticado quando o autor do fato tinha menos de vinte e um anos de vida. Logo, deve aplicar a pena da primeira fase, que foi transportada para a segunda fase, menos um valor a seu critério.¹³

O juiz deverá aplicar as agravantes para aumentar pena, se estiverem presentes no caso em concreto, e as atenuantes, se presentes também, para retirar pena, nessa que é a segunda fase de aplicação da pena. Veja que ele terá que aplicar tanto as agravantes quanto as atenuantes, pois a palavra “sempre” tem sentido e não se pode deixar de aplicá-la, ou seja, ele não pode deixar de aplicar a atenuante da menoridade, que é pertinente para o exemplo narrado. Existindo ela, no caso concreto, que está lá no art. 65, inciso I, do CP,¹⁴ deve-se retirar tempo

11. Versa o autor que “[c]onstitui-se, assim, um imaginário (gnosológico) no seio da comunidade jurídica brasileira, como forte sustentação na doutrina, no interior do qual o ‘decidir’ de forma solipsista encontra ‘fundamentação’ – embora tal circunstância não seja assumida explicitamente – no paradigma da filosofia da consciência. Essa questão assume relevância e deve preocupar a comunidade jurídica, uma vez que, levada ao seu extremo, a lei – aprovada democraticamente – perde(rá) (mais e mais) espaço diante daquilo que ‘o juiz pensa acerca da lei’” (STRECK, 2013, p. 30).

12. Coloca-se a consciência do juiz como o local do qual parte o sentido dado às palavras, e este agir então é solipsista, que é “a vontade do intérprete”, sendo que tanto a “filosofia da consciência” quanto a “discrecionalidade” do juiz fazem parte do mesmo conjunto (STRECK, 2010, p. 162).

13. Aqui a crítica do autor é bem-vinda, pois, como já dito no trabalho sobre os critérios para a aplicação da pena-base, carentes de razoabilidade, aqui também carente da mesma forma, como explica o autor: “É compreensível na medida em que as circunstâncias atenuantes, tais como as agravantes, receberam tratamento legal mais precário em nossa legislação, padecendo, todas elas, de certo *déficit* de legalidade. E isso porque, como dito, tais circunstâncias não oferecem critérios seguros para a determinação da quantidade de aumento ou de diminuição que delas resultariam [...]” (PACELLI, 2015, p. 498).

14. Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984) 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 7.209, de 11.07.1984).

de cumprimento de pena, sendo que, se não for aplicada, o juízo estará em descumprimento de lei expressa, ou seja, aplicando pena ilegal. Suponha-se que o juízo determine a retirada de 1/6 da pena como tem pairado entendimento jurisprudencial,¹⁵ a pena ficará então em três anos e quatro meses, pois se retirou oito meses da pena-base.

Já na terceira e última fase, a chamada “pena definitiva”, para o caso hipotético apresentado, migrou da segunda fase para a terceira a pena no valor de três anos e quatro meses em tempo de privação da liberdade. Aqui, nessa fase, o juízo verificará se há algum elemento que aumente ou diminua a pena. Nada havendo, a pena deverá ser finalizada no que está posto. Mas se porventura tiver sido uma tentativa de roubo, na forma do art. 14, inciso I, do CP, terá que diminuir de 1/3 a 2/3 de pena também, pois é uma causa de diminuição a ser praticada nessa terceira fase. Não é o caso hipotético, mas poderia ser. Veja que a pena sofreria ainda mais diminuição, o que, para aqueles adeptos ao discurso de quanto mais cárcere melhor, é péssimo, um horror a ser afastado.

Como pode se perceber, no exemplo hipotético, está sendo aplicada a lei, o Código Penal, e ele, como é de conhecimento, foi promulgado em 7 de dezembro de 1940, sendo plenamente válido. Também sofreu uma reforma e ela se deu, em sua parte geral, pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que também passou por um processo legislativo e se tornou plenamente válida. As referidas leis passaram pelo processo legislativo sendo então promulgadas e publicadas em Diário

-
15. Há entendimento jurisprudencial de que nos casos da aplicação da pena no que se refere às agravantes e atenuantes há a quantidade de 1/6 da pena aplicada para mais ou para menos. Entendimentos, por exemplo, dos *Habeas Corpus* 69.666/PR, relatoria do Ministro Néri da Silveira, 2ª Turma do STJ, publicado Diário da Justiça em 19.03.1993; Recurso em *Habeas Corpus* 127.382/MG, relatoria do ministro Teori Zavascki, 2ª Turma do STF, julgado em 05.05.2015. Há entendimento contrário, o que se faz propositalmente, a nosso ver, para o fim de se ter penas aplicadas de forma desproporcional e com mais tempo, o que se extrai do “Roteiro de Aplicação da Penal” produzido pelo Ministério Público Federal, p. 129 e 130, e nele se vê o argumento de que, se for tarifado em 1/6, estaria sendo ferido o princípio da “proporcionalidade” da aplicação da pena e da “isonomia”. O que se discorda, porque não limitar o quanto de aplicação tanto das agravantes quanto das atenuantes possibilita a aplicação sem limites de mais tempo de pena sem qualquer critério objetivo (BRASIL. Ministério Público Federal-MPF. Câmara de Coordenação e Revisão 2. *Roteiro de atuação: dosimetria da pena*. Brasília: MPF. 2016. p. 129 e 130. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/roteiro-de-atuacao-dosimetria-da-pena]. Acesso em: 24.04.2021).

Oficial da União, tornando-se válidas a partir de suas *vacatio legis*. Não quer dizer que não mereçam críticas de vários vieses, mas não aplicá-las, no que se refere ao que está plenamente adequado com a Constituição,¹⁶ afronta a democracia representativa que escolheu e votou as referidas leis.

Logo, é a expressão da vontade popular, da maioria dos nossos congressistas, que se chama “democracia representativa” que deve ser respeitada pelo aplicador da lei, e, no caso em tela, para os artigos que fazem parte do problema de pesquisa não há vício de inconstitucionalidade para que eles não sejam respeitados e aplicados. Não há justificativa a não ser a índole punitivista¹⁷ do aplicador da lei, nesse caso, o juiz de direito no Brasil.

Apliquem a lei, ou seja, apliquem as atenuantes independentemente da incidência ou não das agravantes para os casos em concreto. No exemplo apresentado não há agravantes a serem aplicadas, mas há atenuante, isso na segunda fase. Portanto, não há nenhum vício de ilegalidade, antes pelo contrário: se não aplicar a lei, o juízo estará agindo contra lei, e tal prática não por inconstitucionalidade do artigo que faz parte do objeto de pesquisa, mas por se enamorar pelo autoritarismo e pela vontade de deixar o culpado mais tempo preso, mesmo que isso seja ilegal.

Vê-se incoerência e (in)congruência com o que foi demonstrado no caso hipotético, pois o juiz não aplica a lei penal porque existe uma Súmula, a 231 do STJ, que proíbe o aplicador de aplicar as atenuantes, se elas levarem a pena para aquém do mínimo legal. Logo, no caso narrado, o aplicador afastará a lei penal que é obrigado a seguir e será compelido a aplicar a referida súmula para o fim de afastar as atenuantes. Ou seja, a pena a ser aplicada será no mínimo legal, em quatro anos, no mesmo exercício hipotético, a pena ficaria abaixo do mínimo legal. Aqui está o “ovo da serpente”, ou seja, como uma súmula pode afastar a aplicação da lei penal ou artigo da lei penal sem essa lei ou o seu artigo ser inconstitucional? A súmula que não é vinculante pode vincular? Perguntas que serão respondidas nos próximos capítulos.

16. A Constituição com “[...] *força normativa e compromissária*, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade. [...]”. Sendo importante a interpretação vinculada a Constituição o que verdadeiramente tem falhado o jurista brasileiro pelo fato de ter uma “[...] ‘baixa compreensão’ acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma ‘baixa aplicação’, [...]” (STRECK, 2004, p. 303 e 304).

17. GARLAND, 2008, p. 315 e 316.

No próximo capítulo será abordada a aplicação da pena por meio do seu método, mas com nítido viés de respeito à proporcionalidade,¹⁸ a ser aplicada a partir de sua (re)leitura.

3. UM (RE)MODELO DE MÉTODO DE APLICAÇÃO DA PENA E O RESPEITO À PROPORCIONALIDADE

Nesse caso em específico, ocorre o que Pocock chama de atuação de um agente sobre outro agente,¹⁹ ou seja, o Tribunal vai agir por meio da “correção” da decisão daquele juiz que “errou” ao aplicar a pena definitiva abaixo do mínimo legal. Assim agindo não seria a prova de que o juiz de primeiro grau de jurisdição é apenas um trampolim para o Tribunal? Mas nesse caso ele errou mesmo? Ou ele respondeu ao que a lei esperava que ele fizesse?

Veja que um dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que levou à edição da Súmula 231, indica que ela deve ser aplicada quando a pena ficar abaixo do mínimo legal, ou seja, para impedir tal prática mesmo que ela seja legal.

Essa forma de aplicar a pena e afastar a lei quando a pena fica abaixo do mínimo legal é uma demonstração da vontade do Estado penal²⁰ e punitivista²¹ que

18. Pelo viés da dupla função do princípio da proporcionalidade, ou seja, pela proibição de excesso e da “proibição de insuficiência”: SARLET, 2006.1, p. 178. Ver também: “[...] que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre os fins e os meios; [...]”. Ou, ainda, explica o autor que a inconstitucionalidade ocorre pela “proteção insuficiente”, deixando o Estado de aplicar sanções para a proteção de bens jurídicos (STRECK, 2004, p. 315). No caso em tela, não há uma desproporcionalidade pela falta de proteção, mas, sim, pelo excesso do Estado, pois a pena seria menor e não inexistente para o exemplo; logo, nada a se falar de aplicação de proteção insuficiente, mas, sim, excesso pelo Estado.

19. POCOCK, 2003, p. 42.

20. O “Estado Penal”, que é composto pelas “[...] instituições governamentais que dirigem e controlam o campo penal”. Ainda, explica o autor que falar em “Estado Penal” é falar em “[...] aspectos do Estado que promulgam o Direito Penal, que moldam a política penal e a prática penal direta – o que denominarei de Estado Penal” (GARLAND, 2020, p. 414 e 440).

21. Vê-se como uma das maiores demonstrações de que se vive em um Estado punitivista em sua origem na criminalização da “vadiagem” e da “greve”, entre outras coisas, como a garantia da mão de obra barata. Em “Punidos e Mal Pagos” percebe-se, em um apanhado histórico, esse movimento de criminalização para a manutenção da mão de obra (BATISTA, 1990, p. 35-39). Ainda, David Garland detalha muito bem o que é um

se vive no Brasil. É também uma das maiores demonstrações de que existe aqui uma cultura²² do aprisionamento, nesse caso específico com o fim de deixar mais tempo uma pessoa presa, sendo que a aplicação da pena, seguindo o que determina a lei, seria proporcional e razoável e ela não ficaria esse tempo a mais presa. Para o fim de satisfazer a vontade dos que querem deixar mais tempo no cárcere o culpado, cria-se uma súmula no STJ, que, por óbvio, não é vinculante, mas que vincula toda a magistratura brasileira.

O que se tem visto como prática é uma “trampa jurídica”, pois se tem aplicado pena a mais em algum “vetor”²³ do art. 59 do CP ou aplicado pena a mais em uma agravante, mesmo o condenado não sendo merecedor de tal aumento. Aí, com tal valor aumentado, diminui-se a pena para ela ficar no mínimo legal e aqui está a “trampa”. Faz isso o juiz que sentencia e depois vai dormir o sono dos inocentes como se nada tivesse ocorrido.

Os tribunais atuam sobre seus agentes, no primeiro grau de jurisdição, fazendo assim com que suas respostas, por meio da linguagem específica (jurídica), passem a ser uma coisa só, pois se começa a ter a uniformização da *performance*²⁴ por meio da aplicação da linguagem posta pela súmula que a uniformiza.

Vê-se, então, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal agindo sobre os agentes da justiça de forma a tutelar seus entendimentos. Alcança-se, dessa forma, o que o autor mencionou no sentido de não diferenciar a *performance* do autor da “resposta do leitor”, pois o juiz de primeiro grau, que é o leitor da decisão dessas Cortes, coadunará seu entendimento com o das Cortes em futuras decisões. Assim agindo, passa o juiz a ser aquele que segue o “pai” (Tribunal).²⁵

“Estado punitivista” quando trabalha “[a] estratégia da segregação punitiva”, elencando as ações que caracterizam essa condição de Estado, como “[c]ondenações severas e o aumento no uso do encarceramento; [...]”, trazendo, como exemplo, a teoria do *Three Strikes*, entre outros. Também usa como explicação do que chama de “expressão punitivista” os modelos de “estigmatização” provenientes da pena, entre outras características estratégicas (GARLAND, 2008, p. 315 e 316).

22. Cultura, para o autor, é um modo de viver e nele está “[...] conhecimento, hábitos, regras, leis e crenças, que caracteriza[m] [...]” uma sociedade (GIDDENS, 2016, p. 213).
23. CASTILHOS, 2021, p. 17.
24. Versa o autor que: “Agentes atuam sobre outros agentes, os quais, por sua vez, efetuam atos em resposta aos deles, e quando ação e respostas são efetuadas através do meio da linguagem, não podemos absolutamente distinguir a performance do autor da resposta do leitor. [...]” (POCOCK, 2003, p. 42).
25. O autoritarismo das verdades únicas deve ser atacado e não simplesmente mantido. O Tribunal que rege os entendimentos dos juízes tendo deles sua aderência sem qualquer

Tudo isso acontece por meio da linguagem que uniformiza, que manipula, que mantém as coisas como estão, o *status quo* que mantém mais tempo preso o condenado, mesmo ao alvedrio da lei. Aqui verte a impressão de que não existe um rol específico de súmulas vinculantes, como apresentadas nos manuais e no rol específico apresentado pelo STF, pois o que se verifica, na prática, é que todas as súmulas vinculam. Basta observar o que ocorre no exemplo posto, pois toda a pena abaixo do mínimo legal sofrerá a mudança no tribunal de origem por força de uma Súmula do STJ, a 231.

A referida súmula não é vinculante, mas vincula ou acaba vinculando o juízo de primeiro grau nos casos em que ocorrer a possibilidade da pena ficar abaixo do mínimo legal. Pergunta-se: quantas penas aplicadas por esse juiz de primeiro grau de jurisdição serão reformuladas no Tribunal? Ele continuará aplicando o Código ao invés da súmula? Logo, as súmulas acabam vinculando o juiz, de modo que, se elas não forem aplicadas, a reforma de sua decisão será inevitável.

Essa *praxis* jurídica acaba por tutelar, de cima para baixo, as decisões no Poder Judiciário, pois aquele que não segue o “pai-tribunal” acaba por ser reconhecido

questionamento. (GIACOMOLLI, 2015, p. 33 e 81). Relação entre pai e filho que, por vezes, é “subserviente”, ou seja, o juiz (filho) “subserviente” ao que o Tribunal (pai) diz. Logo, o juiz não é independente, mas, sim, dependente do que o Tribunal determina por meio de suas decisões e súmulas, vinculando-se automaticamente ao ele que decide (LOPES JR.; ROSA, 2015). O relator, ministro Cezar Peluso, disse, no seu voto no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 597.270, em 26 de março de 2009, que as circunstâncias genéricas não servem para diminuir a pena na segunda fase de sua aplicação, apenas as circunstâncias especiais, tendo referido inclusive que é jurisprudência consolidada da corte desde a década de 70 do século XX. Ainda, versa que: “[s]e a Corte se propuser a modificar essa jurisprudência, ela teria que tomar certas cautelas pelo risco que introduziria de deixar a cada juiz a definição da pena para cada crime”. Dessa decisão criou-se o Tema 158, que baixou entendimento para todo o país, para todos os presidentes de Tribunais e presidentes de Turmas de Uniformidade dos Juizados Especiais Criminais. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595601>]. Acesso em: 26.05.2021. Aqui uma demonstração, na fala do ministro-relator, de que os juízes não podem ter a autonomia e a independência, de que sempre devem decidir conforme o que o “pai-tribunal” decidiu, mesmo que de forma errada, ao alvedrio da Lei e da Constituição, pois fere a individualização da pena, sendo apenas retórica a diferenciação das atenuantes genéricas e específicas para o fim de dar ou não dar a diminuição da pena aquém do mínimo legal, ou melhor, para não dar mesmo. Mais uma demonstração da cultura punitivista do Poder Judiciário. Aqui aparece, na fala do voto do ministro, a transformação do juiz de primeiro grau de jurisdição como um mero burocrata.

como um “juiz rebelde”.²⁶ Ainda, fragiliza a individualização da pena, pois se põe uma determinação estanque de que a pena nunca pode ser abaixo do mínimo legal, mesmo sendo aplicada a lei penal como para os demais casos, sem contar o viés de política criminal em se verificar uma reprovabilidade menor para tais casos. Veja que ao aplicar a pena o juiz fará, com o uso do Código e conforme o histórico do fato narrado ao longo de todo o processo, que ela, a pena, fique abaixo do mínimo legal, porque ocorreu uma reprovabilidade menor. Então, vem a súmula e derruba essa decisão popular, essa decisão democrática, e impõe a vontade de poucos sobre a vontade de muitos, o que coloca em xeque a decisão com base na lei democrática.

A ordem é a aplicação de súmulas em detrimento da lei penal, súmulas que ordenam de forma diferente daquilo que verte da lei, já que o que menos importa é a aplicação da lei para essa prática jurídica dos precedentes jurisprudenciais sem respeitar as idiossincrasias do caso concreto, uma aposta nos enunciados sobre a interpretação doutrinária, a dita aposta no “protagonismo judicial”.²⁷ Há uma ideologia do controle e do encarceramento em massa²⁸ como resposta às expectativas da sociedade, sendo elas a demonstração de que ocorrem interferências exógenas na aplicação da pena; há ideologia do controle da atuação de um “[...] agente sobre outros agentes [...]”,²⁹ logo, do controle do Tribunal sobre os demais juízes, pois as únicas manifestações que são bem-vindas são aquelas vinculadas ao recrudescimento.

Deriva, ainda, desse afastamento da lei penal outro problema já mencionado, qual seja, o do distanciamento da vontade da maioria do Poder Legislativo que

26. O juiz rebelde que quer “destruir o pai” (LOPES JR.; ROSA, 2015).

27. O autor explica a existência da jurisprudência dos conceitos e aponta as súmulas vinculantes como um exemplo desse aceite de um protagonismo judicial (STRECK, 2017, p. 107). Complemento: o que dizer das súmulas que não são vinculantes, mas que vinculam, senão que se trata de mais uma demonstração dessa prática de criar um conceito que possa resolver todos os problemas, como explica o autor, como um exemplo de “*pandecta*”?

28. Conforme o autor explica, na nota de rodapé n. 184 (GARLAND, 2008, p. 315, 316, 419 e 423). O encarceramento em massa decorre de uma pressão midiática e de uma política de demonstração de soberania do Estado sobre o crime, como se o Estado tivesse fazendo algo sobre isso, de forma imediata, com resultados imediatos. Isso levou, por exemplo, a “Grã-Bretanha, nos anos 1990, ao aumento de taxas de encarceramento” nunca visto antes, bem como ao “surgimento de encarceramento em massa, em escala jamais testemunhada antes numa democracia moderna”, que é o caso dos Estados Unidos no mesmo período (GARLAND, 2008, p. 284-285).

29. POCOCK, 2003, p. 42.

julgou pela pertinência da lei como ela foi escrita, sendo esse ponto da abordagem trabalhado em capítulo a seguir, pois também externado na demonstração de interferências exógenas³⁰ no método de aplicação da pena.

No próximo capítulo abordar-se-á a aplicação de súmulas que não são vinculantes, mas que se vê na prática uma aplicação sistematizada e que muitas vezes fere a individualização da pena.

4. "PODE ISSO, ARNALDO?" A SÚMULA NÃO VINCULANTE QUE VINCULA E AFASTA O CÓDIGO PENAL

A pergunta deve ser respondida de forma positiva, pois aplicou a lei e a pena ficou abaixo do mínimo legal? "Pode isso, Arnaldo?", sim, claro que pode. Será demonstrada a motivação a seguir. Fazia tal pergunta um comentarista futebolístico famoso no Brasil quando ocorria um erro de arbitragem no futebol. A pergunta é pertinente aqui também, pois pode a súmula ser aplicada e com a sua aplicação afastar lei constitucional válida,³¹ sem vícios, sem problema algum a não ser o da vontade de punir com mais tempo de pena. A resposta à segunda pergunta é: não pode, mas tem sido feito assim e por isso a crítica.

O questionamento torna-se pertinente e demonstra que os juízes se vinculam ao que o "pai" Tribunal determina em seus enunciados, mesmo que tal determinação sirva para o afastamento da aplicação de lei penal válida, sem vício de constitucionalidade, pelo menos não no que se refere à aplicação da pena. Veja que há uma interferência muito grande do Poder Judiciário no cotidiano forense, na aplicação do direito, já denunciada pela doutrina. A doutrina que critica a "universalização" das súmulas vinculantes explica que:

"O problema é que as súmulas (brasileiras) têm uma pretensão de universalização que é incompatível com um Direito que deve ser construído a partir da

30. Identifique-se como interferência exógena toda a interferência que ultrapasse a barreira legislativa imposta no método de aplicação da pena. Como exemplo, verifica-se que, no Código Penal de 1940, na sua edição, ou seja, antes da reforma de 1984, havia, no art. 48, expressamente que a pena não podia ficar abaixo do mínimo legal. Já com a reforma de 1984 essa limitação foi retirada; logo, com a aplicação do CP, pode e deve ser aplicada a pena por meio de seu método, que passa a ser trifásico; e por ele, se for o caso da pena ficar abaixo do mínimo, que assim fique, em respeito à legislação e em respeito à individualização da pena, não cabendo mais a aplicação do artigo de antes da reforma, porque agora ele (o termo) não está mais lá.

31. Explica o autor: "[...] Teoria da decisão, que um juiz só pode deixar de aplicar uma lei se esta for declarada formalmente inconstitucional. [...]" (STRECK, 2019, p. 103).

discussão dos casos concretos. Explicando melhor: as súmulas vinculantes – do modo como são compreendidas pela dogmática jurídica – encarnam uma instância controladora de sentidos, metafisicamente, isto é, por meio delas acredita-se que é possível lidar com conceitos sem as coisas (enfim, sem as multiplicidades e as peculiaridades dos casos concretos).³²

Veja que as súmulas vinculantes, além de um caráter universal (e aqui também passível de críticas), possuem a obrigação de ser aplicadas, ou seja, uma obrigatoriedade de vinculação, de universalização, como explicam Alexandre de Costa Coura e Rodrigo Francisco de Paula, como se pudessem “estabelecer”, antecipadamente, “o sentido possível das decisões”.³³ Ainda, Alice de Siqueira Khouri e Fernando Horta Tavares criticam o instituto da súmula vinculante e dizem que a crítica maior está na sua obrigatoriedade.³⁴ Já não seria a mesma obrigatoriedade para as demais súmulas, no entanto, não é o que se vê Brasil afora, pois, no caso da súmula 231 do STJ, ela não é vinculante e mesmo assim todos os tribunais se vinculam e a aplicam. Veja o teor da referida súmula: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.³⁵ Trocando em miúdos, a referida súmula diz que as atenuantes não

32. Explica o autor que é necessário buscar uma resposta para o problema que é a “pretensão de universalização que é incompatível com o direito que deve ser construído a partir da discussão de casos concretos [...]”. Ou seja, o problema está na universalização que se pretende dar às súmulas. Veja que o autor ainda indica que a súmula não é um mal em si, mas a tentativa de universalizá-la, sim; a tentativa de fazer com que ela seja um mantra para todos os casos é que é o problema, para todos os casos futuros, da sua edição. (STRECK, 2019, p. 301. STRECK, 2011, p. 390).

33. COURA; PAULA, 2008, p. 215 e 218. Explicam os autores que as súmulas vinculantes devem ser vistas como textos normativos “subordinados”, pois derivados de interpretações da Constituição realizadas pelo Supremo Tribunal Federal e aplicados no caso concreto.

34. KHOURI; TAVARES, 2014, p. 153. Os autores apresentam a origem desse instituto no direito norte-americano, que tem por cultura a manutenção pelos juízes “inferiores” das decisões dos “juízes que lhes são hierarquicamente superiores” (*stare decisis*).

35. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Súmula 231. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf]. Acesso em: 20.04.2021. Veja os precedentes: foram três Recursos Especiais julgados pela 5ª Turma da Corte e três julgados pela 6ª Turma que serviram de base para a criação da Súmula 231. São os seguintes precedentes, respectivamente: 46.182-DF; 49.500-SP; 146.056-RS e 7.287-PR; 15.691-PR; 32.344-PR. Todos os respectivos paradigmas foram julgados logo depois de ter sido promulgada a Constituição Federal, sendo que o último acórdão publicado é datado de 07.10.1997, que é o da 5ª Turma, oriundo do Rio Grande do Sul.

podem levar a pena a ser aplicada para quem do mínimo legal. A referida súmula não é vinculante, no entanto, se dá um caráter de universalidade à sua aplicação.

Necessário ver também o que diz o art. 65 do Código Penal: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...]”. Passa o legislador a elencar um rol bem presente de circunstâncias que “sempre” devem atenuar a pena, quando presentes no caso em concreto, como para citar algumas circunstâncias que foram identificadas como legais pela doutrina, sendo elas: se o agente que cometeu o ato ilícito, o condenado havia praticado o delito antes de ter completado 21 anos. Ainda, para trazer mais uma circunstância legal, muito comum no dia a dia: se o agente realizou o ato por “motivo de relevante valor social ou moral”, art. 65, inciso III, alínea “a”, do CP. Tais circunstâncias devem ser aplicadas sempre que existirem no caso em concreto.

Veja, leitor, que a palavra “sempre” deve ser levada em conta ora porque não há nenhuma ilegalidade vertente da sua presença no artigo, também não há nenhum vício de constitucionalidade aventado para o *caput* do art. 65 do CP, ora porque a palavra “sempre” tem um sentido no contexto do dia a dia forense da mesma forma que no contexto familiar, comum, do dia a dia dos cidadãos. Ou seja, a palavra significa obrigatoriedade tanto para o mundo do direito quanto para a vida cotidiana. Não pode o juiz, o intérprete, afastar a aplicação das agravantes e atenuantes se elas existirem no caso em concreto, por força do sentido e da ausência de qualquer inconstitucionalidade. Ainda, reforça-se que elas contribuem para a aplicação da pena individualizada, pois são elementos de diferenciação das condutas praticadas, são direitos do réu/condenado, são ferramentas para a individualização da pena.

Logo, não se deve dar sentido à palavra “sempre” diferente do que se tem no dia a dia em sociedade, como dizer que “sempre” é “talvez”, ou “depende”, porque não é. Frisa-se que é essa mesma sociedade que elegeu os representantes do povo, que em 1940 disseram “sim” para o Código Penal brasileiro, e essa mesma sociedade que é condenada e que vê afastada a aplicação da lei penal válida, no caso concreto, quando se refere a fazer valer o sentido da palavra.

Veja que essa súmula não é vinculante, mas a doutrina explica que a ideia de uma vinculação é a universalidade, ou seja, se a súmula fosse vinculante teria ela um caráter de aplicação para todos os casos, e isso é incompatível com o direito. Aqui está uma das críticas a esse instituto jurídico chamado súmulas vinculantes e não vinculantes. Explica-se, ainda, que é impossível dar um caráter de universalidade para as súmulas, porque a única coisa que poderia ser considerada universal, no direito, é a sua complexidade.

Cada caso é individual e possui suas idiossincrasias, suas especificidades, e não pode ser considerado universal para a aplicação a qualquer custo, de qualquer

forma, de uma súmula, a qualquer preço. Cada caso tem suas similitudes e deve ser tratado como tal e aqui está a genialidade da lei, porque ela pode ser aplicada a todos os casos, foi criada para a universalidade. Diferente da lei é (são) a(s) súmula(s) do enunciado, que parte de um caso em específico ou de alguns casos para ser universalizada, aplicada para todos e quaisquer casos. Logo, parte-se do individual para o universal e não o contrário, além, é claro, de ser uma espécie de carta coringa do jogo de baralho, pois cabe para todos os casos, o que se sabe não ser democrático, não ser a vontade da maioria – como a aplicação da lei. Imagina-se aquela súmula que não é vinculante, ela, mais do que as outras, foi criada com base no caso em concreto, no individual e não se pode dar a ela o caráter de universal e ainda vinculativo e, ao mesmo tempo, respeitar a individualização da pena, pois são institutos distintos.

Também explica a doutrina que as súmulas não respondem a um passado, mas à sua pretensão para o futuro, incluindo, nelas, todas as hipóteses de aplicação da norma para o exercício da jurisdição, tornando-a estanque e por vezes incoerente. Não consegue ela ser universal, ter um encaixe em todos os casos, não há esse nível futuroológico extraído do enunciado, pois não se sabe quais serão e quais as suas complexidades.

“É certo que as súmulas não são respostas aos casos passados e, sim, uma pretensão de abarcamento de todas as futuras hipóteses de aplicação de determinada norma jurídica. As súmulas transformam a linguagem em um simples veículo de conceitos. São, assim, anti-hermenêuticas, porque não interrogam a origem dos significados, isto é, pelo procedimento sumular, usam-se as palavras – transformadas em verbetes – sem antes interrogá-las em sua relação com as coisas de que as palavras devem tratar.” (STRECK, 2019, p. 301)

As palavras, quando aplicadas nos verbetes da súmula, são “anti-hermenêuticas”, porque não questionam a sua origem, criando-as sem antes testá-las com as suas referências, as coisas com as quais elas se relacionam. É a ideia de universalidade do enunciado que fere o significado que a palavra possui. Por exemplo, no art. 61 do CP está escrito que “sempre” as agravantes serão aplicadas. Lá, no art. 65, também do CP, está escrito que “sempre” as atenuantes devem ser aplicadas, logo, deve o intérprete deixar o texto falar e aqui ele fala por si, pois a palavra “sempre” não pode ser emudecida.³⁶

Assim ocorre a mecanização do juízo de primeiro grau, tornando-o apenas um meio para o fim, sendo esse “fim” a análise do Tribunal.

36. STRECK, 2019, p. 101.

“A ausência de uma tradição (no sentido de que fala Gadamer) que obrigue os juízes a obedecerem à integridade do direito transforma os juízos de primeiro grau em rito de passagem para o segundo grau e aos tribunais superiores. No seguimento, em face da multiplicação de processos (recursos dos mais variados) e para controlar esse caos, busca-se construir conceitos abstratos com pretensões de universalização, como se fosse possível uma norma jurídica abarcar todas as hipóteses (futuras) de aplicação. E cresce, consequentemente, a importância das súmulas, que passam a ter a função de corrigir aquilo que o próprio positivismo ocasionou.” (STRECK, 2019, p. 301)

O exercício, a pretensão, é o de tornar um conceito abstrato, criado, a ser aplicado em diversos casos concretos que chegam ao conhecimento do Tribunal. Ainda, uma ideia de facilitação do trabalho do segundo grau de jurisdição, que quer receber, de preferência, o processo dentro da sua linha de entendimento, dentro dos conceitos criados, na forma do verbete posto, para que assim possa decidir de forma mais fácil, mais rápida, ao invés da forma “correta”, que é respeitar a Constituição,³⁷ a individualização da pena.

Aqui, neste texto, requer o afastamento dessa súmula e o respeito ao exercício da jurisdição do primeiro grau para aplicar a pena amparada pela doutrina, no caso em concreto, com respeito à sua individualização, a aplicação do princípio da proporcionalidade que norteia a dogmática penal,³⁸ sendo que, dessa forma, o juiz estará decidindo de forma “correta”.³⁹ Poderia se perguntar o leitor: mas o que seria “decidir de forma correta”? E a resposta seria simples: a decisão sem espaços para tangenciamentos, decidir conforme o que a Constituição determina em cada caso concreto.⁴⁰ E como a Constituição determina? Aqui, no caso objeto do

37. Conforme o autor, a decisão será legítima, para nós, “correta”, se estiver adequada à Constituição. (ROSA, 2017, p. 862).

38. Ainda, versa o autor que a proporcionalidade é um princípio e em seu sentido estrito possibilita uma graduação entre “[...] o fato praticado e a comunicação legal, ficando evidente a proibição de qualquer excesso” (SILVA, 2007, p. 31-32). Quando é aplicada a súmula para afastar a lei, fica evidente que se quer dar mais pena do que o Código Penal determina para a aplicação, e neste momento ocorre justamente o contrário, pois ocorre o excesso, já que se aplica mais do que a lei penal está mandado aplicar para aquele caso em concreto.

39. “[...] estar ou não constitucionalmente adequado, ou seja, a Constituição deve ser cumprida e a decisão deve estar adequada a ela, como [...] um direito fundamental de que a Constituição seja cumprida” (STRECK, 2012, p. 619). Logo, decidir de forma “correta” é decidir dentro dos limites que a Constituição permite.

40. Conforme o autor explica: “[...]. Ou seja, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta

trabalho, a Carta Magna determina decidir e aplicar a pena de forma individualizada, ou seja, respeitando o que está posto no art. 5º, inciso XLVI, da CF e nos artigos da lei penal que tratam da individualização da pena, no método trifásico.

Poderia vir o questionamento: a Súmula 231 do STJ justamente não contribui para tal individualização? E a resposta é um “não” em caixa alta, ou seja, um “não” bem grande, porque ela impede que a pena seja aplicada de forma individualizada, pois, ao se aplicar o Código Penal, o método trifásico já leva o juiz à individualização com as ferramentas para tal exercício, sendo parte do processo de individualização o próprio instituto das agravantes e atenuantes. Aplicando-o, se a pena ficar no patamar inferior ao que está determinado no tipo, ocorreu a individualização. Ao aplicar a referida súmula, justamente está se afastando da determinação constitucional de aplicar a pena individualmente, universalizando-a, não só a súmula, mas o resultado e o efeito prático da aplicação da pena, afastando assim, também, como visto, todo o método de aplicação da pena que é constitucionalmente válido.

Sobre o tema da individualização da pena e do respeito que deve ter por ela o aplicador, a Corte Constitucional já deu uma resposta parecida, quando decidiu por reconhecer como inconstitucional, por ferir a individualização da pena, a determinação posta pelo art. 2º da Lei 8.072 de 1990, pois nele estava presente a determinação de que para crimes hediondos a pena seria cumprida “integralmente em regime fechado”.⁴¹ Os juízes aplicavam a pena sem afastar a determinação do “integralmente”, mesmo com a flagrante inconstitucionalidade, merecendo reformas as decisões pelo STF por ofensa nítida ao direito constitucional de se ter uma pena individualizada.

No capítulo a seguir, ter-se-á o debate sobre a aplicação ou não das circunstâncias genéricas no que se refere à aplicação individualizada da pena.

hermeneuticamente adequada à Constituição ou, se se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada – *espécie de resposta hermeneuticamente correta* – a partir do exame de cada caso” (STRECK, 2010, p. 165). Logo, decidir de forma “certa” ou “correta” é decidir conforme a constituição determina e no texto em tela é decidir respeitando a individualização da pena para cada caso, ou seja, aplicando o texto que é constitucionalmente válido e assim sempre as agravantes, quando existirem, e sempre as atenuantes quando elas existirem, mesmo que levem a pena a ficar aquém do mínimo legal.

41. A Lei dos Crimes Hediondos, quando da sua promulgação, com a expressão de cumprimento de pena “integralmente em regime fechado”, apenas era mais uma demonstração dessa arquitetura punitivista que contamina o Poder Judiciário. Punitivismo, como explica o autor, é a demonstração de produção legislativa mais severa com o intuito de manter mais tempo a pessoa presa e assim afastá-la do convívio social (GARLAND, 2008, p. 315 e 316).

5. O AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS GENÉRICAS, NA SEGUNDA FASE DA APLICAÇÃO DA PENA, COMO OFENSA À SUA INDIVIDUALIZAÇÃO

Para o texto torna-se importante lembrar o que significa o termo “atenuante genérica”, que faz parte da segunda fase de aplicação da pena. Ele é encontrado nas “circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas”, fazendo, na forma do que demonstra Juarez Cirino dos Santos, parte do “[...] processo judicial de individualização da pena [...]”.⁴² Logo, o procedimento de individualização da pena depende dessa fase também, não se pode passar por ela sem se verificar e aplicar o que dela se extrai.

Explica o mesmo autor que o juízo deve aplicar um valor que como prática jurisprudencial tem sido de 1/5 a 1/6 da pena-base para cada circunstância encontrada⁴³ nessa fase. Pensa-se que o valor referido pelo autor, e que é a prática jurisprudencial, é desproporcional, pois deixa de considerar um sistema que é conhecidamente de três fases e para cada fase deveria aplicar uma parcela da pena⁴⁴ que está no tipo.

A pena deveria ser distribuída nesse sistema conhecidamente como trifásico da mínima à máxima, proporcionalmente, nas três fases, não podendo ser mais em uma do que em outra, também não podendo aplicar toda a pena em uma única fase sem deixar margem para a aplicação nas demais fases. Se existe um sistema trifásico é porque a pena deveria ir do mínimo ao máximo, ser distribuída entre as três fases, o que se esvazia com a prática forense.⁴⁵ Já foi proposto, em outro trabalho, que se chegue ao máximo de 1/3 da pena para cada fase e que assim, entende-se, seja respeitada a proporcionalidade⁴⁶ na aplicação e individualização da pena.⁴⁷

42. SANTOS, 2017, p. 532.

43. SANTOS, 2017, p. 533.

44. A pena deve ser distribuída entre as suas fases, “[...], no quanto de pena, entre o mínimo e o máximo, distribuída proporcionalmente pelas três fases. [...]” (CASTILHOS, 2021, p. 150).

45. Na prática, não se pensa em proporção na aplicação da pena, ou seja, um percentual a ser distribuído em cada fase. Veja: “É necessária a apresentação desta nova forma de leitura do Código Penal no que se refere à aplicação do tempo de pena-base, com o objetivo de demonstrar não apenas que o método está afastado, mas que ele se apresenta desproporcional ao se aplicar a pena sem a mínima proporção entre as fases. [...]” (CASTILHOS, 2021, p. 150).

46. Tanto pelo viés da proibição de excesso quanto pelo viés da proibição de proteção insuficiente. A primeira como um limite ao Estado para que ele não ofenda injustamente os

Conforme explicou o ministro Cesar Peluso, quando do enfrentamento do tema da redução da pena, na segunda fase, pela aplicação das atenuantes, tendo identificado que as “circunstâncias genéricas”, como era o entendimento consolidado da Corte, desde a década de 70 do século XX, não serviriam para a diminuição da pena. Logo, para a jurisprudência, a diminuição da pena se dá quando houver o encontro de circunstâncias “atenuantes específicas”, não sendo aplicadas as “atenuantes genéricas”. Tal entendimento está equivocado e fere o sistema trifásico e a própria lei penal, sendo tal prática mais uma prova dessa cultura⁴⁸ do aprisionamento que se estabeleceu no Brasil, cultura alimentada pelo próprio Poder Judiciário. Veja que se deve pensar qual era a época que se originou tal entendimento e que prevalece até hoje, mesmo na plena vigência de um Estado Democrático de Direito há trinta e três anos.

Veja que as “circunstâncias genéricas” estão lá no art. 65 do CP, que diz, no *caput*, que “sempre devem ser aplicadas”, logo, o intérprete não pode deixar de aplicá-las, por força desse comando. A jurisprudência que se criou em torno desse tema, com origem na vigência do Regime Militar, ou seja, em um Estado ditatorial e que mantinha o poder pela força, estabeleceu entendimento de que onde está escrito “sempre” leia-se “nunca”, pois não pode ser aplicada a pena abaixo do que está na Lei. Vanessa Dorneles Shinke bem explicou que o Poder Judiciário manteve o *status quo* autoritário do Regime e aqui está mais uma prova que pode corroborar com tantas que ela denunciou.⁴⁹

direitos fundamentais da pessoa acusada de um ilícito. Já a segunda trata da atuação do Estado de “modo insuficiente”, ou seja, uma “proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*) [...]” (SARLET, 2006.1, p. 178).

47. Aplica-se no máximo, para cada fase, 1/3 da pena em abstrato (CASTILHOS, 2021, p. 123).
48. A “cultura”, como ensina Anthony Giddens e Philip W. Sutton, tem a seguinte definição prática: “Modo de vida, incluindo conhecimento, hábitos, regras, leis e crenças, que caracteriza determinada sociedade ou determinado grupo social”. Os autores advertem que há uma complexidade na definição do termo que se deu depois da internalização para diversos seguimentos (2016, p. 213).
49. O Poder Judiciário manteve o sistema ditatorial e manteve naturalizado o discurso do próprio regime. Veja: “A justiça comum interpretou a legalidade autoritária a partir de um positivismo ideológico, que pressupõe a aplicação das normas, independentemente do seu conteúdo ou da sua legitimidade de formação, apenas pelo fato de terem sido editadas pelo Estado. [...]” (SCHINKE, 2016, p. 206). Ainda, demonstra que as práticas ainda estão presentes na nossa atualidade, mesmo pós-democratização.

Conforme já se demonstrou aqui, a Súmula 231 do STJ tem origem na jurisprudência consolidada, sendo os precedentes, Recursos Especiais (Resp.), julgados pela 5ª Turma da Corte e três julgados pelas 6ª Turma, que serviram de base para a criação da referida súmula. São eles, respectivamente: 7.287-PR, julgado em 16.04.1991; 15.691-PR, julgado em 01.12.1992; 32.344-PR, julgado em 06.04.1993, todos da 6ª Turma. Já os Recursos Especiais 46.182-DF, julgado em 04.05.1994; 49.500-SP, julgado em 29.06.1994 e o 146.056/RS, julgado em 07.10.1997.

Os respectivos paradigmas foram julgados logo depois de ter sido promulgada a Constituição Federal, sendo que o último acórdão publicado é datado de 07.10.1997. Importante salientar que os ministros que julgaram os referidos recursos eram os mesmos ministros do regime ditatorial e que, como já se viu, contribuíram, como membros do Poder Judiciário, para a manutenção do regime autoritário, estando ideologicamente comprometidos com ele.⁵⁰

Para não ficar aqui a elucubração das palavras do parágrafo anterior, que se disse que os ministros tinham compromisso com o regime anterior, vejamos, de forma breve, quem eram os ministros-relatores de cada Resp. Iniciamos pelo primeiro, 7.287-PR, de relatoria do ministro Willian Andrade Patterson, que iniciou em 1964 como assistente jurídico do quadro de pessoal da Consultoria-Geral da República, progrediu na carreira até em 1978 sendo nomeado consultor-geral da República. Em 03.08.1979 toma posse como ministro do Tribunal Federal de Recursos (TFR) e assume como ministro do STJ, na data de sua instalação, em 07.04.1989, tomando posse em 18.05.1989, ficando no exercício da jurisdição até 14.12.2000, quando se aposentou.

Em seu discurso de posse como presidente do STJ, em 23.06.1993, coloca pontos em sua fala que demonstram sua origem e vínculos, sendo elas: “observância da antiguidade”, “manter a tradição”, “pois é este um tipo de comando”,⁵¹

50. A autora registra que “[a] hipótese de pesquisa foi confirmada. Os traços de independência, imparcialidade, defesa dos direitos fundamentais e controle de constitucionalidade foram talhados conforme o exigido pelo regime autoritário, sem que a historiografia oficial do Poder Judiciário registrasse esses movimentos. [...], a confirmação da hipótese sugere que o Poder Judiciário brasileiro possa manter práticas, no atual regime democrático, tão ou mais autoritárias quanto as desempenhadas durante o regime autoritário” (SCHINKE, 2016, p. 202). O Poder Judiciário contribuiu para o regime ditatorial e ainda hoje possui posturas similares ou mais autoritárias.

51. Disponível em: [www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/presidentestj/article/view/1077/1011]. Acesso em: 24.06.2021). Currículo do Ministro do STJ, William Andrade Patterson. Arquivo biográfico disponibilizado pela STJ, na internet. Nesse

entre outros que marcam a sua origem, pois esses tipos de expressões são típicas da caserna.

Em sua decisão, como se vê na ementa:

“Penal. Pena. Fixação. Critérios. Se a redução da pena importou em fixá-la abaixo do mínimo legal, por força de equivocado critério na ordem de consideração de causa especial de aumento e de atenuante, merece reforma a decisão. Recurso especial conhecido e provido.”⁵²

Verifica-se, na primeira manifestação, em sede de recurso superior, o impedimento para que a pena fique abaixo do mínimo legal, reconhecendo-se como aplicação de critérios de forma equivocada. Nela, na fundamentação da decisão, se verifica a aplicação dos arts. 65, IV, “d”, 67, 68 e 71 do CP:

“O Sr. Ministro William Patterson (Relator): – O recurso especial propugna pela reforma do aresto ao fundamento de que, ao ser reduzida a pena do réu Sebastião Marques Cano, pela Corte Estadual, importou isso em fixar sanções inferiores ao mínimo legal, o que não é possível, *por força do disposto no art. 65, IV, d, 67, 68 e 71, do Código Penal*, além de contrariar a orientação jurisprudencial de outros Tribunais, inclusive o Egrégio Supremo Tribunal Federal. O equívoco decorreu do critério de consideração de uma atenuante após a incidência de uma circunstância de aumento ou diminuição, [...]”⁵³ (grifou-se)

Veja que, no Código Penal, antes da reforma da parte geral – apresentada pela Lei 7.209/1984 –, havia um dispositivo que implicava a não aplicação da pena abaixo do mínimo legal, exposto no art. 48, parágrafo único, do CP, que dizia que a pena não poderia ficar abaixo do mínimo legal. Veja: “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

discurso se vê claramente um linguajar vinculado à caserna, como “antiguidade”, “tradição” e “comando”.

52. BRASIL. Superior Tribunal De Justiça – STJ. Súmula 231. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf]. Acesso em: 24.06.2021.

53. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Súmula 231. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf]. Acesso em: 24.06.2021. O trecho foi retirado da *Revista de Súmulas*, RSSTJ, ano 5, v. 17, mar. 2011. p. 233. Nessa revista aparece a fundamentação do precedente que serviu como base para a formulação da Súmula 231.

cometido”.⁵⁴ Esse texto faz parte do Código, quando ele possuía o sistema bifásico⁵⁵ de aplicação da pena e não o trifásico, que veio com a reforma de 1984 e que é aplicado até hoje.

Como se verifica na exortação feita do voto do relator, ministro William Patterson, a fundamentação está inicialmente no art. 65, inciso IV, alínea “d”, do CP, mas onde está esse inciso? Pois na legislação atual ele não está, podendo ter sido um erro de digitação, talvez. No Código de 1940, como se viu, ele estava não no art. 65, mas, sim, no art. 48, no parágrafo único. É possível o erro? Sim, pouco provável, mas possível. Erro grosseiro que traz consigo uma carga de recrudescimento considerável, pois como aplicar tal entendimento com a reforma de 1984 e com a Constituição em 1988?

O relator do segundo Resp. 15.961-PR, ministro Pedro da Rocha Acioli, juiz de carreira, foi nomeado juiz federal em 1974 e nomeado para o TFR em 1980. Na decisão, o ministro fundamenta que não há erro a corrigir da sentença, mantendo a tradição de que a pena não pode ficar abaixo do mínimo legal, com base também em entendimento consolidado apenas. Há, ainda, o Resp. 32.344-PR, julgado, em 06.04.1993, pelo ministro Vicente Cernicchiaro, defensor público de 1963 a 1964, juiz de direito de 1967 a 1979, assumindo como ministro do STJ em 1989. No seu voto frisa, como em outros, que não se pode confundir a atenuante com causa especial de diminuição de pena, indicando que a atenuante não tem o efeito de reduzir a pena.

54. BRASIL. Câmara dos Deputados. Legislação. *Decreto-Lei 2.848/1940*. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 24.06.2021. Aqui especificamente no art. 48, parágrafo único, intitulado “Atenuação especial da pena”. Veja que essa legislação é apresentada dessa forma porque trata de período anterior à reforma de 1984, que foi proposta pela Lei 7.209, sendo a origem do pensamento expressado no voto do relator, ministro William Patterson, no Resp. 7.287-PR. No voto que foi produzido pós-Constituição, ele conseguiu fundamentar a decisão com marca de cinquenta e um anos antes, aproximadamente. Veja que a decisão do ministro está calcada no art. 65, inciso IV, alínea “d”, do CP, e, se forem verificados hoje, tal inciso e alínea não existem no Código.

55. Conforme explica o autor, o método bifásico era aquele que individualizava a aplicação da pena em duas etapas, sendo que na “[...] primeira fase, valorasse em globo as circunstâncias judiciais (atualmente relacionadas no artigo 59) e as circunstâncias legais agravantes e atenuantes (atualmente listadas e disciplinadas nos artigos 61 a 67). Sobre essa pena, ele faria incidir, em um segundo e derradeiro movimento, os aumentos ou diminuições correspondentes às eventuais majorantes ou minorantes, que, como prevê o nosso Código, podem ser encontradas tanto na Parte Geral, quanto na Parte Especial” (BOSCHI, 2014, p. 151).

Seguindo, há o Recurso Especial 46.182-DE, julgado, em 04.05.1994, pelo ministro Jesus Costa Lima, juiz de direito, nomeado juiz federal substituto em 1967, passando, em 1972, a ser juiz federal. Foi também ministro do TFR a partir de 1981 e nomeado ministro do STJ desde 1988. Em seu voto indica que, na segunda fase de aplicação da pena, ela não pode ficar abaixo do mínimo cominado em lei, indicando que somente na terceira fase é que os limites poderiam ser ultrapassados.⁵⁶

Já o Resp. 49.500-SP foi julgado, em 29.06.1994, pelo ministro Assis Toledo, procurador da República do Estado de São Paulo em 1968, procurador do Distrito Federal em 1972, e em 1975 nomeado subprocurador-geral, e, em 1987, ministro do Tribunal Federal de Recursos e, em 1988, ministro do STJ. Em seu voto cita precedente da turma que diz que a simples aplicação da atenuante não pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal.

O último recurso que serviu de base como precedente para a criação da súmula é o Resp. 146.056/RS, julgado em 07.10.1997, de lavra do ministro Felix Fischer, que foi promotor substituto do Paraná em 1974, em 1990 tornou-se procurador de Justiça do mesmo estado e, em 1996, tornou-se ministro do STJ. Na ementa do acórdão ele diz que a aplicação da atenuante “nunca” pode levar a pena para abaixo do mínimo legal, mas por quê? Também diz que a “individualização da pena não existe para o deleite do magistrado”, também diz que ela é uma “garantia” para o acusado,⁵⁷ em uma verdadeira deturpação, posto que, como já visto aqui, com a aplicação na íntegra do CP pode-se levar, em alguns casos, respeitando a individualização da pena, ela para abaixo do mínimo legal. Demonstra ele que os artigos 59, 67 e 68 do CP não podem não ser considerados,

56. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Súmula 231*. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf]. Acesso em: 24.06.2021. O trecho foi retirado da *Revista de Súmulas*, RSSTJ, ano 5, v. 17, mar. 2011. p. 250. Nessa revista aparece a fundamentação do precedente que serviu como base para a formulação da Súmula 231. Está na ementa do voto do ministro que na terceira fase “os limites” da pena cominada poderiam ser alterados. Ainda, diz ser um equívoco o argumento, pois somente na fase das causas que diminuem e aumentam a pena é que ela pode ultrapassar seus limites (p. 251).

57. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Súmula 231*. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf]. Acesso em: 24.06.2021. O trecho foi retirado da *Revista de Súmulas*, RSSTJ, ano 5, v. 17, mar. 2011. p. 261. Ainda frisa que quer seja no sistema bifásico ou mesmo no trifásico nunca ficou registrado que com a aplicação das agravantes e atenuantes se poderia levar a pena para fora dos limites da lei.

sob pena de tornarem-se “mero ornato do C. Penal”.⁵⁸ Logo, nega a pretensão do recorrente.

O que se pretendeu com essa muito breve biografia dos ministros-relatores e dos precedentes que levaram o STJ a editar a Súmula 231? Com a breve demonstração de partes dos votos de cada Resp? Pretendeu-se demonstrar vínculos com o antigo regime, pretendeu-se demonstrar uma ideologia⁵⁹ presente nos julgados, bem como a sua proximidade com o regime ditatorial anterior à Constituição de 1988.⁶⁰ Também, no que se refere ao aspecto material das decisões, demonstrar suas bases para que, a partir delas, possa-se fazer a crítica necessária, ainda mais porque estamos na presença de um Estado Democrático de Direito com a Carta Constitucional já há 33 anos.

No que se refere a críticas ao teor das decisões e aos seus argumentos, como: que as agravantes e as atenuantes não servem para diminuir o quanto de pena em abstrato; ou que apenas nas causas de aumento e diminuição o juiz tem o permissivo de ultrapassar as barreiras da pena em abstrato; ou, ainda, que as atenuantes não podem levar a pena para abaixo do mínimo legal e não pode o juiz deixar de seguir os artigos do Código Penal que versam sobre a dosimetria da pena; também, aquele argumento de que nem o método Lyra ou Hungria permitiam que os limites fossem ultrapassados, o que não é verdade, pois no método Hungria existia, sim, a limitação, na forma do art. 42, inciso II, do CP, e do art. 48, parágrafo único, também do CP, como já demonstrado. Ou seja, a pena não poderia ser aplicada abaixo do mínimo legal, pois deveria ela ficar nos “limites legais”.⁶¹

58. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Súmula 231*. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf]. Acesso em: 24.06.2021. O trecho foi retirado da *Revista de Súmulas*, RSSTJ, ano 5, v. 17, mar. 2011. p. 261.

59. Conforme autor, ideologia são “Ideias do ‘senso comum’ e crenças disseminadas em uma sociedade que servem, quase sempre indiretamente, aos interesses de grupos dominantes, legitimando a posição desses grupos” (GIDDENS, 2016, p. 288).

60. Verifica-se que, pela evolução dos currículos – publicados no próprio portal do STJ –, havia um vínculo com o regime, o que é perfeitamente normal, pois estavam em funções de poder quando se iniciou a ditadura, exercendo suas atividades, e nele progrediram. Como não houve um processo de redemocratização das instituições, seus integrantes não foram democratizados da noite para o dia. Para isso, seria necessário passar por um processo, o que não existiu. Ocorreu o que se pode nominar de “o adormecer autoritário e o despertar democrático”. Isso tudo, é claro, em vinte e quatro horas.

61. Conforme se verifica no Título V do Capítulo II do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, na sua versão original. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/

Já no método Lyra, esse trifásico de hoje, proveniente da reforma da parte geral do Código Penal em 1984, não há a limitação apontada anteriormente. Também, o argumento de que se ocorrer a diminuição da pena abaixo do mínimo legal estar-se-á na presença de um descumprimento da “proibição de insuficiência” não vingaria, pois está no Código Penal estabelecido o patamar de punição cabível para o caso em concreto, sendo que o Código Penal proporciona,⁶² em sua aplicação, a pena com a reprovabilidade inerente à condição do réu⁶³ no cometimento do ilícito. Por conta disso, o patamar está sendo respeitado pela aplicação da pena em seu método, por meio do comando legal, que não é inconstitucional, sendo então necessário, suficiente, que seja aplicada aquela pena naquele “patamar mínimo”,⁶⁴ que o próprio método levou à aplicação.

Não se sustenta esse tipo de entendimento que se perpetua ainda hoje, em pleno constitucionalismo⁶⁵ evidente, a não ser pelo viés autoritário e demonstrativo

declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 22.07.2021.

62. No caso em comento ocorre o respeito ao princípio da proporcionalidade pela “proibição de proteção deficiente” (STRECK, 2004, p. 310), posto que o acusado foi processado, julgado e condenado, por ofensa a um bem jurídico protegido pela norma, ou seja, o Estado criou a norma para o fim de proteger o direito fundamental de algum ataque. No entanto, a aplicação da pena deve ser proporcional à reprovabilidade do ato e à condição do réu naquele momento, sem que com isso ocorra a ofensa ao viés da “proibição de proteção deficiente”, quando a pena é aplicada abaixo do mínimo legal, o que, conforme o método, leva o aplicador a respeitar, para o caso em comento, o princípio da “proibição de excesso” (STRECK, 2004, p. 310). A pena torna-se desproporcional por conta da reprovabilidade do autor, que não está por completo preenchida, pois é diferente do adulto acima de 21 anos.
63. O grau de reprovabilidade é menor por conta da falta de maturidade do acusado no momento do cometimento do ilícito (SOUZA, 2020, p. 361).
64. Os autores referem que a proporcionalidade pelo viés da proibição de insuficiência se vincula a “[...] um patamar mínimo de realização de deveres de proteção do Estado, seja em relação a direitos fundamentais de liberdade (garantindo a efetiva possibilidade de seu desfrute), seja frente a direitos fundamentais sociais (promovendo os meios fáticos e jurídicos indispensáveis ao seu exercício), [...]” (D’AVILA; SCALCON, 2017, p. 61). Aqui se pretende dar uma resposta mais adequada, respeitando assim o princípio da proporcionalidade pelo caráter de uma intervenção mínima e assim uma “resposta adequada” (SARLET, 2006.1, p. 191) na aplicação da pena, na aplicação da atenuante para todos os casos, respeitando-se, desse modo, a individualização da pena necessária e suficiente para o caso em que se tenha menor de 21 anos no momento da prática do ilícito penal.
65. O autor demonstra que existe o que chama de “ancoragem constitucional”, que limita a atuação do direito penal ora pela barreira dos “princípios básicos de proteção do

dessa cultura autoritária em que parece estar mergulhado o Poder Judiciário, quando se vê decisões com esse DNA. Veja que sem nenhum problema a jurisprudência, pós-Constituição, não só manteve o entendimento como criou uma súmula para propagá-lo sem o efeito vinculante, mas que vincula juízes e promotores, pois aplicam diuturnamente tal súmula. Ou seja, ela não é vinculante, mas seus efeitos são como tal, pois todos, no país, se vinculam a ele e não permitem que a pena fique abaixo do mínimo legal com a aplicação das “atenuantes genéricas”.

A doutrina já explicou que as “atenuantes genéricas”⁶⁶ são aquelas que o legislador criou como sendo “qualquer circunstância, segundo o magistrado, a ser levada em conta em favor do réu”,⁶⁷ o que não é o caso da atenuante pela idade de uma circunstância qualquer.⁶⁸ A “circunstância genérica” é aquela que deve ser aplicada quando não coincidir com “os elementos do tipo” ou com as causas

individuo”, entre eles o princípio da “legalidade”. Tem o direito penal não só que não violar a Constituição, mas por ela ser pautado (REALE JÚNIOR, 2020, p. 21).

66. Conforme o autor: “As atenuantes genéricas são chamadas de circunstâncias legais porque vêm expressamente relacionadas no texto legal, ao contrário das denominadas circunstâncias judiciais, as quais são apenas nominadas no art. 59 do CP. [...] Como diz o *caput* do art. 65 do CP, são de aplicação obrigatória, pois sempre atenuam a pena. Vejamos, sucintamente, cada uma dessas circunstâncias. [...]” (BITENCOURT, 2020, p. 826). São obrigatórias, mais não precisa ser dito. Como pode o Poder Judiciário tornar “não obrigatório” algo que é “obrigatório”, por meio de uma súmula que não é vinculante, mas que vincula todo o Poder Judiciário e todos os atores do referido sistema?

67. REALE JÚNIOR, 2020, p. 335.

68. Na atenuante da menoridade, como explica o autor, “[a] razão para esse trato diferenciado reside na constatação de que, embora imputável, a pessoa naquela faixa etária ainda não completou seu ciclo de maturidade, o que diminui a nota de reprovabilidade do seu comportamento. Merece, portanto, um grau de censura distinto do adulto. Estudos criminológicos corroboram a escolha do legislador. De fato, a criminalidade juvenil é alvo de atenção de criminólogos, há tempos, por se tratar da principal variável estatística da delinquência, ao lado do gênero. Alguns chegam mesmo a afirmar – com certo exagero – que, no jovem, o desvio, em vez de exceção, é a regra, tendo em vista a sua personalidade e caráter ainda em formação. Ademais, aportes criminológicos preconizam não somente que se evitem punições elevadas, mas, tanto quanto possível, que o jovem seja afastado do controle social formal (polícia, justiça e prisão), no escopo de evitar os efeitos perversos da estigmatização, da reincidência e do desenvolvimento de uma carreira criminal”. Ou seja, o Código Penal, quando direcionado para autor de delito com menoridade indica a aplicação da pena em menor quantidade de tempo, tendo em vista o grau de reprovabilidade, que é menor por conta da falta de maturidade (SOUZA, 2020, p. 361). Ver também: “A pena deve ser obrigatoriamente atenuada se o agente tiver praticado crime com idade entre 18 e 21 anos” (BUSATO, 2020. p. 691).

especiais ou gerais de aumento de pena.⁶⁹ No caso em tela, a circunstância da menoridade penal, no momento do cometimento do injusto ou a idade maior, conforme o art. 65, inciso II, do CP, não conflita com nenhum elemento do tipo, muito menos com causa de diminuição de pena e, por força da expressão “sempre”, que está no *caput*, deve ser aplicada, pois a pauta tornou-se obrigatória por força da expressão antes referida. Logo, não pode o juízo aplicar de forma diferente a pena, sob pena de não só estar ferindo o que determina o Código Penal, mas também a constitucional individualização da pena.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal e processual penal brasileiro passam por uma forte interferência de práticas judiciais solipsistas. Sim, o “Poder Judiciário” é adepto a subjetivismos que levam a decisões sistematicamente decisionistas.

Como foi debatido neste trabalho, as súmulas – a 231 do STJ, como exemplo – demonstram que há uma aplicação sistemática decisionista no Brasil e que é aplicada sem qualquer pudor para todo e qualquer caso, como um mantra, ao ponto, como é o caso do objeto de estudo, de ser aplicada como se fosse obrigatória, como se fosse uma súmula vinculante, mesmo não sendo.

Também, registra-se, para o fim de reflexão, que a Súmula vinculante 11 – sim, a súmula que versa e impede o uso da algema indiscriminadamente – é sistematicamente descumprida, pois seu descumprimento permite o nítido constrangimento da pessoa custodiada. Mas por que isso ocorre? Por que quando não se deve aplicar a súmula ela é aplicada como se vinculante fosse e aquela que é vinculante não é aplicada? A resposta é simples: o uso da algema é realizado de forma orquestrada, mesmo ao alvedrio da determinação estampada na súmula vinculante, para constranger a pessoa presa, marca de um Estado forjado no autoritarismo como o nosso. Já outras súmulas, como essa que foi objeto de estudo, servem para punir mais, deixar mais tempo atrás do cárcere. É a demonstração

69. Conforme o autor: “As circunstâncias atenuantes genéricas, do mesmo modo que as agravantes, devem ser consideradas na segunda etapa de fixação da pena, sempre e quando não coincidam com elementos do tipo ou com causas gerais ou especiais de diminuição de pena. Ou seja, elas incidem de modo subsidiário em face da primeira e da terceira etapas de fixação da pena”. E elas sempre devem ser aplicadas como explica o autor. No entanto, logo mais em seu texto, o autor diz que “[a] pena deve ser obrigatoriamente atenuada se o agente tiver praticado crime com idade entre 18 e 21 anos” (BUSATO, 2020, p. 691). Concorde-se com o autor no que se refere à obrigatoriedade na aplicação da atenuante, como já foi explicado.

da cultura do aprisionamento no Brasil. O descumprimento de uma e o cumprimento de outra estão vinculados a essa forma ditatorial presente em nosso DNA.

O comando sumular que foi objeto do trabalho tem um cunho vinculativo que tem a ver com a prática forense autoritária, uma nítida prova da presença do punitivismo em nosso país, pois trata de proporcionar o descumprimento da lei penal, da norma que orienta a aplicação da pena. Logo, por meio da referida súmula, pode/deve o juiz, no ato de aplicar a pena, descumprir o Código Penal e dar mais pena por conta de tal descumprimento, mesmo sem sentido, mesmo sem motivo, mesmo em desconformidade com o método, mesmo contra a Constituição, tudo para satisfazer e dar o gozo àqueles que são adeptos da aplicação da pena maior sem a necessidade de justificar, sem a obrigatoriedade de aplicar a lei, para satisfazer seu desejo punitivista.

Veja que cabe aqui a visualização, a reflexão sobre o exercício apresentado no referido artigo, em que, nas mesmas condições, o juiz verá que, ao aplicar a pena, ela ficará aquém do mínimo legal. De forma automática e sabendo da existência da súmula, ele aplica mais pena em uma das fases, em uma nítida trampa jurídica, pois não pode e não deve aplicar pena onde não há qualquer fundamento para assim fazê-lo, mas opta em tal prática para, no mínimo, não ver suas decisões reformadas porque não aplicou a Súmula 231 do STJ.

Também se verifica com o trabalho que, antes mesmo de ingressar no método trifásico, o juiz já sabe o que vai aplicar de pena e sabe que deverá aplicar a súmula não vinculante, mas que vincula, que impede que a pena fique abaixo do mínimo legal. Verifica-se, portanto, que a súmula não vinculante vincula, com o poder inclusive de empurrar juízes e tribunais a afastar a lei penal válida. Já a Súmula vinculante 11 do STF não vincula, mas deveria, pois tanto juízes quanto tribunais não se incomodam com a presença do uso das algemas sem o respeito ao critério estabelecido pela norma.

Pode-se concluir que a súmula não vinculante vincula e a vinculante não vincula, por causa da sua matéria, o que externa uma cultura do punitivismo no Brasil. É uma evidência dessa cultura de fazer sofrer, de fazer com que a pessoa fique mais tempo presa. O que pode corroborar com a comprovação da existência dessa cultura, além do que já foi demonstrado, é a inovação, recrudescedora, do art. 112 da Lei 7.210/1984, alterada pela Lei 13.964/2020.

Elas nos demonstraram que a cultura judiciária é profícua para mais punição, mesmo sem uma racionalidade presente que possa justificar essa prática. No que se refere à súmula não vinculante, mas que vincula, ela proporciona mais tempo de pena e conseqüentemente a inocuização daquele que foi punido, afastando-o do convívio social. Já na súmula que é vinculante, mas não vincula, seu

descumprimento proporciona sofrimento, humilhação, etiquetamento, possibilitando que a sociedade faça um pré-juízo, um pré-julgamento e consequentemente leve a mais tempo de prisão também, depois da decisão. A aderência à primeira é enorme e à segunda é insignificante. É preciso mudar e tratar a aplicação da pena com mais qualidade e afastar a vinculação à Súmula 231 do STJ, porque ela, como foi visto, não responde, como um “enlatado” jurídico, a todos os casos. Avante constranger para o fim de rever a aplicação dessa má prática sumular e fazer valer a aplicação da pena, na forma de seu método.

7. REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Parte geral*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. (Coleção *Tratado de direito penal*).
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7 ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- CASTILHOS, Tiago Oliveira de. *A primeira fase de aplicação da pena criminal: critérios e metodologia*. Porto Alegre: Aspas, 2021.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 7. ed. rev., atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- COURA, Alexandre de Castro; PAULA, Rodrigo Francisco de. Interpretação e aplicação das súmulas vinculantes e a cláusula “se for o caso”: para uma análise crítica da pretensão de “aplicação automática” das súmulas vinculantes. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 4, p. 213-229, jul.-dez. 2008. Disponível em: [<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/13/14>]. Acesso em: 12.12.2021.
- D’AVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima. Constituição e direito penal: novos e velhos problemas à luz da experiência brasileira. In: *IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.
- GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad., apresentação e notas de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GARLAND, David. Penalidade e Estado Penal. In: SOZZO, Máximo (Org.). *Para além da cultura do controle? Debate sobre delito, pena e ordem social com David Garland*. Porto Alegre: Aspas, 2020.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

- GIDDENS, Anthony. *Conceitos essenciais da sociologia*. Trad. Claudia Freire. São Paulo: Unesp, 2016.
- KHOURI, Alice de Siqueira; TAVARES, Fernando Horta. Súmulas vinculantes e força normativa: aspectos críticos. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito* – UFRGS, v. IX, n. 2, 2014. Disponível em: [<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/50488/32715>]. Acesso em: 12.12.2021.
- LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Quando o juiz-filho preocupa-se a agradar o tribunal-pai no processo crime. *Consultor jurídico*, 15.05.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-mai-15/limite-penal-quando-juiz-filho-preocupa-agradar-tribunal-pai-processo]. Acesso em: 26.05.2021.
- PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.
- POCOCK, John Greville. A. *Linguagem do ideário político*. Trad. Fábio Fernandez. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Fundamentos de direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- SILVA, Ivan Luís Marques da. O direito penal como garantia fundamental (o novo enfoque decorrente da globalização). Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- SCHINKE, Vanessa Dorneles. *Judiciário e Autoritarismo: regime autoritário (1964-1985), democracia e permanências*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião*, [S.l.], v. 4, n. 7, p. 160-209, 2006. Disponível em: [<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134>]. Acesso em: 22.07.2021.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. v. único.
- STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. LXXX, p. 303-345, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017.

- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ*, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 158-173, jan.-abr. 2010. Disponível em: [www.univali.br/periódicos]. Acesso em: 05.05.2021.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Legislação

- BRASIL. Câmara dos Deputados. Legislação. *Decreto-Lei 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Versão original. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacao-original-1-pe.html]. Acesso em: 22.07.2021.
- BRASIL. Ministério Público Federal-MPF. Câmara de Coordenação e Revisão 2. *Roteiro de atuação: dosimetria da pena*. Brasília: MPF. 2016. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/roteiro-de-atuacao-dosimetria-da-pena]. Acesso em: 24.04.2021.

Jurisprudência

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Súmula 231*. Disponível em: [www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_cap-Sumula231.pdf]. Acesso em: 20.04.2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário 597270*. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595601]. Acesso em: 26.05.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Desconstruindo o dogma do enunciado de Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de Antonio Carlos Moni de Oliveira – *RBCCrim* 131/335-363.

Veja também Súmula relacionada ao tema

- Súmula 231 do STJ.