

A SÚMULA 231 DO STJ: UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA

PEDRO FELLIPE ARAÚJO FREIRE

Universidade Potiguar.

E-mail: compedro_fellipe18@hotmail.com

Envio em: Abril de 2016

Aceite em: Setembro de 2016

Resumo

Analisa a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça em seus aspectos principiológicos à luz da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direitos. Discute o problema de constitucionalidade da Súmula, abordando os aspectos históricos e conceituais dos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da isonomia. Aborda os pontos em que a Súmula fere os princípios constitucionais. Aponta consequências geradas na prática pela Súmula 231 do STJ. Menciona a importância de interpretar a legislação infraconstitucional sempre de acordo com a Constituição Federal e ao Estado Democrático de Direitos. Objetiva mostrar a inconstitucionalidade da Súmula 231 do STJ, apontando suas consequências sociais. Utiliza como procedimentos metodológicos pesquisas bibliográficas e eletrônicas. Conclui afirmando a inconstitucionalidade da Súmula 231 do STJ, apontando a necessidade de revisão do verbete sumular.

Palavras-chave: Súmula 231 do STJ. Princípios. inconstitucionalidade.

THE 231 SUMMARY OF STJ: A PRINCIPLED ANALYSIS

Abstract

The study analyzes the Precedent 231 of the Superior Court of Justice in the light of the Constitution and the democratic rule of Rights. Discusses the constitutionality issue of Precedent, addressing the historical and conceptual aspects of the principles of individualization Pena proportionality and Equality. It addresses the points where the scoresheet violates the constitutional principles. Points consequences generated in practice by Precedent 231 of the STJ. It mentions the importance of interpreting the law infra always in accordance with the Federal Constitution to the Democratic State of Rights. Aims to show the unconstitutionality of Precedent 231 of the Superior Court, pointing out its social consequences. Uses as methodological procedures bibliographic and electronic research. It concludes the unconstitutionality of Precedent 231 of the Superior Court, pointing to the need for revision of the sumular entry.

Keywords: Docket 231 Superior Court of Justice. Principles. Unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

O atual Código Penal brasileiro, após a reforma de 1984, adotou o sistema trifásico de dosimetria da pena proposto por Nelson Hungria. Tal posicionamento encontra-se disposto no Artigo 68 do Código Penal Brasileiro.

Nele, o juiz deve, em uma primeira fase, analisar as circunstâncias judiciais presentes no Art. 59 do Código Penal para encontrar e fixar a pena base. Na segunda fase, serão analisadas as circunstâncias atenuantes ou agravantes previstas no Art. 65 do mesmo diploma. Na terceira e última fase, são observadas as causas de aumento e diminuição de pena.

Muito havia se discutido no STJ sobre a possibilidade da pena transpor os limites legais estabelecidos em abstrato pelo legislador quando do momento de sua aplicação.

Nossa discussão concentra-se na segunda fase de aplicação da pena, momento em que são analisadas as circunstâncias atenuantes e agravantes. É quando surge a seguinte questão: Pode a pena transpor os limites estabelecidos em abstrato pelo legislador sem que se fira o princípio da legalidade e separação dos poderes?

Muitas discussões foram travadas a esse respeito no Tribunal. Foi quando em 1999, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 231, firmando entendimento de que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Ocorre que, em nosso entendimento, a Súmula acabou por manifestar uma orientação contra *legem*, na medida em que fere os princípios da proporcionalidade, individualização das penas e da isonomia, além de estar em desacordo com a legislação infraconstitucional.

O presente trabalho busca, em consonância com os pressupostos do Estado Democrático de Direito e à luz de uma interpretação garantista da Carta Magna, propor uma discussão principiológica sobre os problemas de constitucionalidade da Súmula 231 do STJ.

Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica em manuais de Direito Penal, publicações em periódicos acadêmicos, bem como em encartes jurídicos, tais como pareceres e acórdãos de tribunais superiores.

2 A SÚMULA 231 DO STJ E A INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E ISONOMIA

Conforme pincelado nas linhas introdutórias deste artigo, têm-se que o enunciado da Súmula 231 do STJ

afronta os princípios da proporcionalidade, da individualização da pena e da isonomia. Mas de que maneira isso acontece?

Para enfrentar o cerne da questão, faz-se importante dissecar os princípios, entendendo, ao menos em linhas gerais, os seus contextos históricos, bem como, o que visam proteger para, só então, conectá-los a problemática da Súmula.

2.1 DA PROPORCIONALIDADE DAS PENAS

A ideia de proporcionalidade da punição em relação à gravidade do delito praticado surge ainda no século XVIII, de forma organizada, com os ensinamentos de Césare Beccaria em sua obra mais célebre ‘Dos delitos e das penas’, quando aduz que:

É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei. (BECCARIA, XLII, [201-], p. 201).

Beccaria [201-], postula essa ideia no contexto do iluminismo, fenômeno social em que se pretendia romper com absolutismo monárquico, cuja estrutura consistia na centralização do poder estatal nas mãos do Rei. Nessa estrutura, o Estado absoluto, através da figura do monarca, concentrava nas mãos todas as esferas de direitos, inclusive a de direitos individuais.

Nesse sentido, o Iluminismo, enquanto movimento que se contrapunha ao Absolutismo, propôs uma nova visão de mundo baseado no uso da razão e na libertação dos seres humanos de toda forma de opressão, o que propiciou o surgimento de uma nova concepção de indivíduo. É partir dessa perspectiva que, em matéria penal, o princípio da proporcionalidade começa a nortear a forma como se punia os transgressores da lei.

Vejamos as reflexões do professor César Roberto Bitencourt a esse respeito:

Com efeito, as ideias do Iluminismo e do Direito Natural diminuíram o autoritarismo do Estado, assegurando ao indivíduo um novo espaço na ordem social. Essa orientação, que libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada. A mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade impôs, desde então, maior respeito à dignidade humana e a consequente proibição de excesso. Nessa mesma orienta-

ção filosófica inserem-se os princípios garantistas, como o da proporcionalidade, o da razoabilidade e o da lesividade (BITENCOURT, 2011, p. 55).

A consagração do princípio da proporcionalidade ocorre com sua inscrição direta no Art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no contexto da Revolução Francesa. *In verbis*: “A lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito” (FRANÇA, 1789).

Chegando na contemporaneidade, superados períodos obscuros da história, o princípio da proporcionalidade das penas encontra guarida sólida nos modelos políticos no qual o Estado Democrático de Direito é base do ordenamento jurídico.

Em nossa mais recente ordem constitucional, cuja coroação se dá com a CF/88, o princípio da proporcionalidade está implicitamente ordenado, deduzido de todo o sistema de direitos fundamentais.

Doutrinariamente, o princípio da proporcionalidade compreende três subprincípios, a saber: o da necessidade, o da adequação, e o da proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com o professor Cesar Roberto Bitencourt:

Conjuga-se, pôs a união harmônica de três fatores essenciais: a) Adequação teleológica: Todo ato estatal passa a ter uma finalidade ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal – vedação do arbítrio (*Übermassverbot*); b) Necessidade (*Erforderlichkeit*): O meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) proporcionalidade “*stricto sensu*”: todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos proporcionais. (BITENCOURT, 2011, p. 55)

Assim, temos que, de acordo com o princípio da proporcionalidade,

O castigo deve variar de acordo com a gravidade do crime cometido, isto é, o princípio requer um juízo de ponderação entre a carga de privação ou restrição de direito que a pena comporta e o fim percebido com a incriminação e com as penas em questão (QUEIROZ, 2014, p. 84).

Vejamos o que escreveu a respeito o brilhante doutrinador Paulo Queiroz a despeito da proporcionalidade:

Em nome do princípio da proporcionalidade, cumpre que a pena (cominada e aplicada) guarde justa proporção com o grau de ofensividade da conduta delituosa, objetivando orientar a criminalização de comportamentos pelo legislador e a respectiva individualização judicial da pena, devendo a sanção penal retratar o merecimento do autor da infração, de acordo, com as circunstâncias jurídico penalmente relevantes (CP, Arts. 59 e 68). Portanto, o mencionando princípio rechaça o estabelecimento de cominações penais (proporcionalidade abstrata) e a imposição de penas (proporcionalidade concreta) que careçam de toda relação valorativa com o fato, contemplado na globalidade de seus aspectos (QUEIROZ, 2014, p. 85).

No entanto, é no terceiro fator da proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade *stricto sensu*, que reside a intervenção flagrante da Súmula 231 do STJ. Isto porque a proporcionalidade *stricto sensu* possui três dimensões, quais sejam: a) a proporcionalidade legislativa; b) a proporcionalidade concreta; c) a proporcionalidade executória.

A proporcionalidade legislativa ocorre quando do momento da edificação da lei penal, ou seja, no momento da edição da normal penal após observados os aspectos sociais e o bem jurídico que o legislador visou proteger. A proporcionalidade concreta, por sua vez, é considerada no momento de aplicação da pena, ou seja, é observada pelo julgador diante do fato concreto. A executória corresponde a observação da proporção na fase de execução/cumprimento da pena.

Percebe-se, portanto que o princípio da proporcionalidade possui triplice destinatário: o legislador, o julgador do fato e o juiz dos órgãos de execução penal.

É, porém na atribuição do julgador do fato, precisamente na segunda fase da dosimetria da pena que a famigerada Súmula 231 do STJ atinge frontalmente a proporcionalidade concreta.

Ao impedir que o juiz aplique uma circunstância atenuante quando cabível estar-se-ia contribuindo para a aplicação de uma punição desproporcional, dadas as circunstâncias que o próprio legislador estabeleceu no Artigo 65 e seus incisos do CP para individualizar o delito cometido.

A própria legislação criou mecanismos para dar proporção à punição a determinado indivíduo. Essa é a razão de existir das circunstâncias atenuantes, elas fazem parte do arcabouço de normas que visa adequar a pena ao caso concreto, considerando características importantes sobre o próprio agente delituoso.

Desse modo, não faz sentido que a Súmula, embora ancorada no princípio da legalidade, limite a incidência

das circunstâncias atenuantes ao patamar mínimo, eis que mitigar uma norma que busque adequar a pena ao caso concreto significa, objetivamente, contribuir para aplicação de uma pena desproporcional, o que acarreta, enfim, na fixação de punições excessivas e consequentemente injustas e o que dá a Súmula 231 do STJ um caráter de inconstitucionalidade nesse aspecto.

2.2 DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Ao contrário do princípio da proporcionalidade das penas, princípio esse implícito nas normas na C.F/88, a individualização da pena mostra-se explícita no Art. 5º, inciso XLVI da CF, bem como, nas orientações do Art. 59 e 68 do CP.

É, contudo, desdobramento do princípio da proporcionalidade concreta das penas, na medida em que é tarefa do julgador observar e individualizar a punição ao indivíduo considerando o caso concreto e as inúmeras variáveis que o circundam.

Historicamente, a individualização da pena surge como orientação a um maniqueísmo formado após a superação da tirania punitiva da idade média, na qual o poder de punir era excessivo e arbitrário.

São as reflexões de Bittencourt. Vejamos:

Como resposta, novas concepções de punição surgem numa reforma em que se propunha a limitação do poder punitivo do Estado através da definição dos crimes e da fixação precisa das punições. Daquele modo, a forma mais eficaz de se evitar excessos era substituir o antigo sistema, onde o julgador era livre para aplicar a pena com base em suas concepções de justiça e sem qualquer limite, por um sistema rígido e fechado, onde ao julgador cabia apenas aplicar a lei protetiva em seus estritos termos, sem qualquer flexibilidade (BITENCOURT, 2011, p. 661)

Passou-se, então, de um modelo onde o Estado, através da figura do Rei, não possuía limites na aplicação da pena – o que resultava em excessos e afrontas aos direitos individuais dos indivíduos – para um modelo rígido e mecânico, onde ao julgador cabia única e exclusivamente aplicar a lei pura, sem olhar para as circunstâncias do fato e do indivíduo - o que no final também resultava em afronta aos direitos individuais dos transgressores.

Esse maniqueísmo foi denominado pelo professor César Roberto Bittencourt como sendo uma “indeterminação absoluta e uma absoluta indeterminação”. Vejamos:

Assim, a um sistema largamente aberto na dosagem da pena, sucedeu um sistema de pena rigorosamente determinada, consubstanciado no Código Penal francês de 1791. Por esse novo sistema a função do juiz limita-se à aplicação mecânica do texto legal. Mas logo se percebeu que, a indeterminação absoluta não era convincente. Se a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, igualmente a pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento pelo juiz ao fato e ao agente, diante da realidade concreta (BITENCOURT, 2011, p. 661/662).

Assim, temos que o princípio da individualização da pena é instrumento pelo qual se pretende evitar tanto a generalização quando a estandardização das punições.

Na definição de Paulo Queiroz,

Individualizar a pena é, pois, adequá-la a um indivíduo, é particularizá-la, é concretizá-la. De certo modo, a individualização visa a realização do impossível: calcular, isto é, traduzir em números o que é, por definição, incalculável, a pena justa, o merecimento do autor, a justiça, enfim. (QUEIROZ, 2014, p. 429).

Ocorre que o princípio da individualização das penas possui uma trílice dimensão, quais sejam: a individualização legislativa, que é aplicada quando do momento da criação da lei penal; a individualização judicial, que é aplicada quando do momento da aplicação da punição pelo magistrado; e a individualização executória, que é aplicada pelo magistrado da execução penal.

Objetivando a discussão para entrar no mérito do nosso objeto de estudo, registre-se que nos interessa especificamente a individualização judicial da pena.

Isto porque é exatamente na aplicação da punição, precisamente na segunda fase de fixação da pena – momento em que são analisadas as circunstâncias atenuantes – que reside a ofensa da Súmula 231 do STJ ao princípio da individualização da pena.

Isso acontece porque a Súmula 231 condiciona a aplicação de determinada circunstância atenuante ao limite mínimo legal da pena. Isto significa que, se um indivíduo tiver sua pena base estabelecida no mínimo legal na primeira fase da dosimetria, momento em que são analisadas as circunstâncias judiciais do Art. 59 do CPB, as circunstâncias atenuantes do Art. 65 também do CPB não poderão ser aplicadas para abrandar da punição do indivíduo na segunda fase, ainda que este faça jus a alguma dela.

Ao fazer isso, a Súmula está impedindo que o jul-

gador individualize a conduta do agente delituoso, mitigando, assim, o sistema trifásico das penas previsto no Artigo 68 do Código Penal, transformando-o em um sistema bifásico.

É pacífico que a individualização, como garantia constitucional, ordena dever de respeito às singularidades e características do indivíduo, bem como, do fato a ele imputado.

Logo, o que a Súmula ordena constitui flagrante desrespeito à garantia da individualização da pena na medida em que impede que o julgador observe a particularidade do caso e adeque a pena ao merecimento do agente, contribuindo, assim, para uma punição desproporcional à lesão causada ao bem jurídico protegido e mais gravosa do que a efetivamente merecida.

A aplicação da pena não pode seguir critérios exclusivamente matemáticos, onde a culpabilidade está condicionada a limites mínimos ou máximos, e sim, ser guiada pelo princípio da individualização da pena, onde a análise do fato e do indivíduo é observada com base em suas peculiaridades para que, no final, a pena reflita única e exclusivamente o merecimento do criminoso.

Não obstante, a redação do Artigo 65 do CPaduz claramente que são circunstâncias que “sempre” atenuam a pena, não condicionando sua aplicação a qualquer tipo de regra.

Registre-se que o artigo 65 do Código Penal trata-se de norma cogente, ou seja, norma de ordem pública, revestida de imperatividade, o que significa que deve ser integralmente cumprida.

Noutro pórtico, há quem defenda que não é tarefa do juiz estabelecer a regulação da pena, eis que o Art. 5º, inc. XLVI da CF aduz que “a lei regulará a individualização da pena”, sendo, portanto, encargo exclusivo do legislador estabelecer a individualização da punição.

Não nos alinhamos a essa linha de pensamento, eis que é contrária a atual hermenêutica constitucional, cuja interpretação vale-se de um olhar progressista em relação ao direito penal. Vários são os exemplos em que a norma penal é pensada para proteger o indivíduo de excessos. À guisa de exemplo, tempos a retroatividade da lei penal mais benéfica (Art. 5º inc. XL da CF), a prisão como última ratio (Art. 5º, inc. LXVI), entre diversos outros dispositivos protetivos (Art. 5º, incisos LVII, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, todos da CF).

Desse modo, é importante fazer uma análise teleológica do Art. 5º, inc. XLVI da CF para perceber que, embora o legislador tenha manifestado sua intenção de regular a individualização da pena através da lei, quis ele proteger o indivíduo de excessos, e não o contrário.

Assim, não deve prevalecer a ideia de que o julgador

não pode individualizar a conduta do agente delituoso ou estar limitado de forma rígida aos limites da pena, e sim, a de que deve ser seu dever assim fazê-lo quando das situações em que se precise adaptar a pena ao condenado, consagrando a essência do princípio da individualização das penas.

2.3 DA ISONOMIA

Não obstante a Súmula 231 ofender os princípios da individualização e proporcionalidade das penas, em determinado aspecto, a Súmula contribui para manutenção de desigualdades entre condenados.

Exemplo clássico na doutrina defensora da inconstitucionalidade da Súmula diz respeito ao tratamento desigual dado por ela a condenados em situações distintas.

Tomemos como exemplo a seguinte situação hipotética narrada no artigo de Leticia Caixeta Lima Bossi e Gylliard Matos Fontecelle. Vejamos:

Dois furtos cometidos por pessoas diferentes. A primeira praticou o crime sem a presença de qualquer circunstância legal, seja atenuante ou agravante. A outra, por sua vez, era menor de 21 anos ao tempo da ação (Art. 65, I, CP), furtou para alimentar seu filho que se encontrava desnutrido (Art. 65, III, a, CP) e confessou espontaneamente a prática do delito (Art. 65, III, d, CP). Em sentença penal condenatória, ambos tiveram a pena base fixada em seu mínimo. No entanto, o segundo agente não se viu beneficiado por três circunstâncias atenuantes, justamente em razão do disposto na Súmula 231 do STJ.

E concluem: “Nota-se, ainda, que a aplicação da Súmula nega ao acusado o direito de ver-se beneficiado com uma circunstância atenuante, que é de aplicação obrigatória, fazendo com que réus em situações distintas, tenham tratamentos iguais’.

Diante do exemplo, indaga-se: merece o indivíduo que furtou para alimentar os filhos, confessou o fato e era menos de 21 anos, receber a mesma pena que o indivíduo que não faz jus a nenhuma circunstância atenuante? Nos parece que não.

Ora, tem-se o princípio da isonomia como um dos pilares que fundamentam toda a ordem constitucional brasileira.

Isonomia diz respeito à igualdade ou condição de igual que determinado indivíduo possui dentro de uma sociedade. Em nosso caso, uma sociedade baseada no Estado Democrático de Direitos, onde todos os cidadãos

são tratados como semelhantes independentemente de qualquer que seja sua condição social.

É bem verdade que a Súmula se ancora na igualdade formal, eis que a regra de legalidade do qual se ancora o verbete sumular vale para todos, sem distinção. Todavia, no campo da igualdade material a Súmula gera injustiça na medida em que não concretiza o direito do indivíduo possuidor de circunstâncias atenuantes ter a sua pena minorada e adequada ao que crime que cometeu.

Portanto, a Súmula 231 fere o princípio da isonomia na medida em que dá tratamento igual a indivíduos em situações diferentes, acarretando neste caso, penas iguais para indivíduos que merecem penas diferentes.

3 OS PRINCÍPIOS QUE FUNDAMENTAM A SÚMULA 231 DO STJ E SUA INTERPRETAÇÃO *CONTRA LEGEM*

Conforme já fora abordado, a existência da Súmula 231 do STJ viola os princípios constitucionais da proporcionalidade, individualização das penas e da isonomia.

Ocorre que a própria Súmula também encontra guarida na legislação para se revestir de validade. São os princípios da reserva legal e o da separação dos poderes que sustentam os argumentos pró-súmula.

Seus defensores argumentam que, como a pena só pode existir em virtude de lei, ao diminuir a pena abaixo do mínimo legal estar-se-ia o julgador confrontando a norma jurídica edificada pelo legislador, que estabeleceu limites (mínimos e máximos) para cada conduta criminosa, o que feriria o princípio da reserva legal (Art. 5º, inc. XXXIX da CF). Não obstante, ao julgar supostamente *contra legem*, estaria o magistrado contrariando a vontade do legislador, fazendo com o que houvesse uma interferência do poder judiciário no legislativo, o que feriria o princípio da tripartição dos poderes.

Tais entendimentos não merecem prosperar.

Hodiernamente, temos um ordenamento constitucional protetivo e garantista, o qual deve ser tomado como base para se interpretar a norma penal. Assim, toda interpretação, seja para edificar leis ou súmulas devem estar baseada na Constituição e em sua finalidade maior, não o contrário.

Na lição de Cappelletti “a conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todas” (citado por JOSÉ FREDERICO MARQUES, 1998).

Ora, o princípio da legalidade tem como fundamento de existência a proteção de direitos ao indivíduo. Em uma análise teleológica do Art. 5º, inc., XXXIX da CF, ex-

traímos que o princípio da reserva legal surge como uma forma de limitar o poder punitivo do Estado, ou seja, de proteger o cidadão, de modo que qualquer interpretação do princípio da legalidade que não seja in bonam partem ao indivíduo protegido não é recomendada.

É fato que os limites da pena encontram-se fixados pelo legislador de forma categórica e que isso foi posto para proteger o indivíduo. Todavia, quando a própria norma que existe para proteger o cidadão, em outro aspecto acaba por prejudicá-lo, deve-se buscar a interpretação mais benéfica e em consonância ao Estado Democrático de Direitos.

Nesse contexto, Jean Louis Bergel, citado por Rômulo de Andrade (2015) leciona que “o método teleológico fundamentado na análise da finalidade da regra, no seu objetivo social, faz seu espírito prevalecer sobre sua letra, ainda que sacrificando o sentido terminológico das palavras”.

Louis Bergel aduz ainda que:

Por detrás da lei está uma determinada intenção reguladora, estão valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acharam expressão mais ou menos clara. [...]. Uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma ação que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei interverá em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá resposta a questões que o legislador não podia ter colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste modo, das ideias dos seus autores. (BERGEL, apud ANDRADE, 2015).

Tamanho é a importância de transcender o gesso da legalidade estrita, que o brilhante professor e Ex-Ministro do STJ Luiz Vicente Cernicchiaro, em discussão sobre a própria Súmula 231, tratou de distinguir direito de lei/norma e discutiu o papel do legislador e do magistrado na tentativa de buscar a tão almejada justiça. Vejamos:

O direito não se esgota na lei, voltando-se, ademais, para o dever ser, como expressão cultural, reclama do intérprete sentir a finalidade da norma. [...] o penalista nem sempre se dá conta de que seu raciocínio se afasta da busca da teleologia da lei e fica aprisionado em esquemas conceituais, restrito ao plano formal. [...] o direito, com efeito, é norma e fato (valorados). [...] o legislador fornece o metro comum das coisas. O juiz considera as particularidades do fato. Caso uma circunstância relevante agaste-o do comum, o magistrado deverá adaptar a medida ao caso concreto. [...]

Adaptar axiologicamente a lei não é repudiar a lei [...] A culpabilidade (reprovabilidade) enseja gradação. Mais intensa. Menos intensa. [...] Coloca-se, então, esta hipótese. [...] se apesar de aplicada no mínimo, a pena, dada excepcional circunstância, recomendar sanção ainda mais mitigada, pode o juiz fixa-la em patamar mais favorável ao réu? Impõe-se resposta positiva. O juiz promove a adequação do normativo com a experiência jurídica. A lei, insista-se, não esgota o Direito. Inexistem por isso, qualquer afronta ao princípio da individualização da legalidade ou da individualização da pena. Ao contrário, consagra a eficácia do próprio princípio. [...] O legislador trabalha com gênero, da espécie cuida o magistrado. Só assim ter-se-á direito dinâmico e sensível a realidade, impossível de ser descrita em todos os pormenores por quem elabora a lei. Não se trata de mero preguiçoso. (sic) Ao contrário, realização de justiça material. O judiciário, com essa orientação, realizará o Direito Justo. (CERNICCHIARO apud ANDRADE, 1998, p 188-190).

Assim, quando se propõe a inconstitucionalidade da Súmula 231 do STJ não está a se falar em desrespeito ao princípio da legalidade, eis que, rediga-se “*o direito não se esgota na lei*”, de modo que acreditamos ser possível transpor a pena abaixo do mínimo legal nos casos em que necessite adaptar pena ao merecimento do agente delituoso.

Noutro pórtico, não há que se falar em ofensa ao princípio da tripartição dos poderes eis que, repita-se “*o legislador trabalha com o gênero, da espécie cuida o magistrado*”.

Importante ressaltar que, ao legislador, no momento de edição da norma, torna-se impossível abarcar todas as situações previstas no mundo factual. O juiz, por sua vez, por ter contato com o réu, por poder olhar para sua figura e aproximar-se de sua realidade, torna-se mais apto a puni-lo com mais sensibilidade ao seu merecimento, ainda que tenha que transpor o gesso da interpretação estática que se dá aos princípios da legalidade e tripartição dos poderes para fundamentar a equivocada súmula 231 do STJ.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consideramos que atualmente há uma inversão de valores no que diz respeito às políticas criminais no Brasil.

O Estado Punitivo tem hipertrofiado ao passo em que o Estado de Bem Estar Social tem atrofiado. A noção de *ultima ratio* do direito penal vem cada vez mais sendo transformada em *prima ratio*. O remédio penal é utilizado pelas instâncias do poder político como resposta a

quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais.

Isto quer dizer que, ao invés de controlar e prevenir a criminalidade através de políticas públicas, as políticas criminais adotadas pelo Estado têm buscado aperfeiçoar a máquina punitiva, criando mecanismos para se punir mais e melhor.

Na mesma esteira, cresce na sociedade a ideia de um populismo punitivo, onde a pena a determinado crime confunde-se com castigo, esquecendo-se, assim, o caráter de ressocialização e inibição de delitos, que é a essência de uma medida punitiva.

Nesse contexto, tem-se buscado aplicar penas maiores e mais severas, ao invés de buscar aplicar penas mais justas e eficazes. Vale registrar que eficácia, aqui, é confundida com dias de encarceramento, o que é uma premissa equivocada.

Montesquieu, em sua obra mais célebre, ‘O Espírito das Leis’, já assinalava que “toda pena que não deriva da necessidade é tirânica”. Beccaria, já no século XIX propunha que “quanto mais pronta for a pena e mais perto de seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será”.

Infelizmente, quando se discute punição, a Súmula 231 do STJ não segue na mesma direção dos filósofos iluministas. Ancorada num argumento de legalidade e com resquícios de ideias conservadoras de um Código Penal já ultrapassado, a Súmula 231 do STJ acaba por propagar tão somente a pena exacerbada e desproporcional ao delito.

Assim, conforme foi demonstrado no desenvolvimento deste artigo, ao impedir que as circunstâncias atenuantes não ultrapassem o mínimo legal, está a Súmula 231 contribuindo para aplicação de penas desproporcionais e excessivas, na medida em que é o compromisso do julgador aplicar uma pena justa e proporcional ao delito conforme as múltiplas variáveis que o envolvem.

Na mesma esteira, a Súmula 231 do STJ fere o princípio da individualização da pena, eis que mitiga a segunda fase da dosimetria, não dando oportunidade ao julgador de individualizar a pena ante a gravidade do fato e a culpabilidade do agente delituoso, acarretando, assim, em punição exacerbada.

Não obstante, a Súmula desobedece a melhor interpretação do princípio da isonomia, ocasionando uma situação em que dá tratamento igual a indivíduos em situações diferentes, a exemplo do agente que pode ser punido com uma pena idêntica ao outro que possui várias circunstâncias atenuantes, mas não pôde ser beneficiado em razão da proibição da Súmula.

Os argumentos de que a Súmula reflete o princípio da legalidade e de que questioná-la fere o princípio da separação dos poderes também não merecem prosperar.

Isto porque restou demonstrado que as interpretações desses princípios devem ser feitas à luz da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direitos sempre *in bonam partem* ao indivíduo, e não o contrário. A norma constitucional é protetiva, não apenas punitiva.

Ante ao exposto, conclui-se que a Súmula 231 do

Superior Tribunal de Justiça é inconstitucional à luz dos princípios da individualização das penas, da proporcionalidade das penas e da isonomia. Necessita, portanto, ser revista, uma vez que vem contribuindo para a aplicação de punições desproporcionais, entendam-se, injustas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rômulo, **Questões Penais**. BH: Del Rey, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**: Edição Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook. Disponível em: <<http://www.jah.org>>. Acesso em: 10 out. 2015.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Editora Martins Fontes, 1ed. São Paulo, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 16. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOSSI, Letícia Caixeta Lima; FANTECELLE, Gylliard Matos. **Súmula 231 do STJ e sua (IN)APLICABILIDADE NA DOSIMETRIA PENAL**. Disponível em: <<http://www.fenord.edu.br/revistaaguia/revista2015/textos/artigo09.pdf>> Acesso em: 03 dez. 2015.

DÉBORA, Regina Pastana. **Estado punitivo e pós modernidade: Um estudometateórico da contemporaneidade**. Revista Crítica de Ciências Sociais [Online], 98 | 2012, colocado online no dia 06 Junho 2013, criado a 18 Fevereiro 2016. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/5000> DOI : 10.4000/rccs.5000> Acesso em 18 fev.2016.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 1789.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1998, Vol. I, p. 79. .

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Parecer nº 3714**. MP/BA Procuradoria de Justiça Criminal. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/a-sumula-n-231-do-stj-nao-possui-fundamento-legal-diz-procurador-romulo-de-andrade-moreira-em-parecer/> Acesso em 10/12/2016.