

ATENUANTES E PENA MÍNIMA

por Alberto Marques dos Santos

Juiz de direito e professor da
Escola da Magistratura do Paraná

Como citar: SANTOS, Alberto Marques dos. **Ate-
nuantes e pena mínima**. In: *Revista Jurídica*, Porto
Alegre : Editora Síntese, vol. 288 (out./2001), p. 75-
84. Disponível em <albertosantos.org>. Acessado
em (colocar a data de hoje).

*A força dos números
é a delícia dos tímidos*

GHANDI

A ciência do Direito é a mais democrática de todas, porque em nenhuma outra a opinião da maioria tem tanto peso. Se a jurisprudência e a doutrina majoritárias disserem, algum dia, que a lei da gravidade é inconstitucional, quase todos os bacharéis em Direito acreditarão que podem voar.

O argumento de autoridade é repudiado, em quase todas as ciências, como um *sophisma*. No mundo do Direito, ao contrário, é ordinariamente aceito, e, provavelmente, o mais usado de todos os argumentos. TÉRCIO SAMPAIO diz, inclusive, que o argumento de autoridade é o argumento jurídico por natureza ¹.

Não há nada de errado com o argumento de autoridade, de per si. O universo jurídico é construído sobre convenções e tradições, e o jurista, mais que qualquer outro estudioso, é apegado aos seus dogmas. O problema com o argumento de autoridade está em que muitos o consideram como *um alvará-para-não-pensar*, um salvo-conduto para aceitar, defender e adotar teses com base *apenas* no prestígio ou número dos seus defensores, sem indagar se essas teses resistem a uma análise racional.

¹ *Argumento*, verbete, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v.7, p.426.

No assunto *'atenuantes e pena mínima'* tem havido um apego *irrefletido* ao argumento de autoridade. Os grandes penalistas que escreveram anteriormente à reforma penal de 1984, e quase toda a jurisprudência, afirmam que *a atenuante genérica não pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal*. Enfim, o E. STJ, na Súmula 231, homologou com sua indiscutível autoridade a mesma tese, dizendo: *'a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'*.

Ignorar esse pensamento majoritário seria um erro tão crasso quanto aceitar suas conclusões *apenas por ser majoritário*. Da jurisprudência já se disse que é *"um travesseiro ilusório e cômodo"*, metáfora felicíssima da lavra do eminente Ministro CARLOS MAXIMILIANO 2. Com efeito, muitas vezes a jurisprudência e a doutrina ditas *'dominantes'* têm servido apenas como pretexto para que os aplicadores do Direito se considerem dispensados do dever de pensar.

Nestas linhas queremos convidar o leitor a esquecer, por uns minutos, o caráter majoritário da tese resumida na Súmula 231, e investigar se ela é juridicamente consistente. Sustentamos, aqui, modesta e respeitosamente, que essa interpretação majoritária contraria o sentido literal, lógico, teleológico e sobretudo sistemático do texto da lei, além de ofender a Constituição. É fundada apenas na autoridade da maioria – na *'força dos números'* –, e no prestígio dos comentadores do Código pré-Reforma. Não há, *na lei*, nenhuma restrição à atenuação abaixo do mínimo.

I – A lei mudou e a jurisprudência não.

No texto do Código Penal anterior à Reforma de 1984 o procedimento de individualização da pena não era regrado tão detalhadamente como no texto atual. Não havia norma disciplinando as etapas do cálculo da pena. Dividiam-se doutrina e jurisprudência entre duas opiniões: [a] a de ROBERTO LYRA, que preconizava um procedimento bifásico no cálculo da pena, e [b] a de NELSON HUNGRIA, que defendia um método trifásico.

Pelo sistema *bifásico*, o juiz, na *'fase 1'*, ponderava as circunstâncias judiciais, *mais as atenuantes e agravantes*, e, pesados todos esses fatores, definia a pena-base. Depois, na *'fase 2'*, aplicava sobre a pena-base as causas de aumento e diminuição da pena, para chegar à pena definitiva.

Pelo método *trifásico* o juiz, na *'fase 1'*, ponderava *somente as circunstâncias judiciais* (aquelas que hoje estão no art. 59) e, com base nelas, fixava a pena-base. Depois, na *'fase 2'*, aplicava, sobre a pena-base, as agravantes e atenuantes, chegando a uma *'pena provisória'*. E, enfim, na *'fase 3'*, aplicava sobre a pena provisória as causas de aumento e diminuição, chegando à pena definitiva.

Entenderam sempre a doutrina e a jurisprudência que *a pena-base* não podia ficar nem acima do máximo nem abaixo do mínimo abstratos cominados pelo tipo incriminador. Assim, se aplicado o procedimento bifásico, de LYRA, que conjugava na *'fase 1'* tanto as circunstâncias judiciais quanto as atenuantes, para composição da pena-base, as atenuantes não poderiam, com efeito, reduzir a pena abaixo do mínimo abstrato. É que a pena-base, sempre se entendeu assim, estava balizada pelo mínimo e

2 *Hermenêutica Jurídica*, Rio de Janeiro, Forense, 1988, pág.X.

máximo abstratos do tipo. E, no sistema bifásico, as atenuantes e agravantes eram computadas para formação dessa pena-base.

Ocorre que a Reforma Penal de 1984, tomando partido na polêmica doutrinária, escolheu o critério trifásico, de HUNGRIA, e o consagrou no art. 68 da atual redação do Código Penal. Com isso, não se questiona mais a respeito, porque *legem habemus*: o cálculo da pena está sujeito a um método de três etapas; *as atenuantes não compõem mais a pena-base*.

Essa modificação legislativa, inserida no art. 68, afastou qualquer restrição que pudesse existir para a atenuação abaixo do mínimo abstrato. Não havia nem mesmo um óbice legal expresso, antes da reforma de 1984. Apenas a possibilidade de se interpretar o procedimento de cálculo da pena de duas maneiras diferentes (bifásico ou trifásico) é que justificava o receio da atenuação abaixo do mínimo: porque uma das interpretações possíveis, a de ROBERTO LYRA, era incompatível com essa atenuação. Mudou o texto da lei, não há mais divergência sobre o número e a ordem das fases no cálculo da pena, mas doutrina e jurisprudência, alheias à mudança no texto, continuaram aplicando as tradições que só faziam sentido no regime da lei revogada.

Acresce-se a isso o fato de que o Anteprojeto Hungria, que nunca chegou a entrar em vigor, continha regra expressa vedando a atenuação abaixo do mínimo abstrato do tipo. Talvez por isso doutrina e jurisprudência passaram a interpretar o art. 68 da nova Parte Geral como se estivesse em vigor aquela vedação, ou como se o pensamento original do criador do processo trifásico tivesse força de lei, ou de interpretação autêntica.

II – A interpretação majoritária ofende a Constituição.

É truísmo lembrar que a Constituição consagra o princípio da isonomia. Também não é novidade dizer que infringe o princípio da igualdade quem trata desigualmente os iguais, e também *quem trata igualmente os desiguais*. A interpretação consagrada na Súmula 231 do STJ trata igualmente pessoas em situações desiguais. Por isso, arranha uma das vigas mestras do sistema, o princípio da isonomia. É uma *interpretação inconstitucional*.

Vejam-se apenas alguns dos paradoxos que decorrem do entendimento consagrado na Súmula.

[a] Se dois réus cometem um crime juntos, e só um deles confessa, aplicada a pena mínima, o que confessou e auxiliou a Justiça a desvendar o crime, e o que não confessou e não mostrou arrependimento, recebem pena idêntica.

[b] Se dois réus cometem um crime juntos, e um deles é menor de 21 anos, aplicada a pena mínima ambos, o menor e o maior de 21, recebem pena idêntica.

[c] No mesmo exemplo imagine-se que um dos réus cometeu o crime sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, procurou espontaneamente diminuir as conseqüências do crime, tem mais de 70 anos na data da sentença e confessou; o outro réu não tem nenhuma atenuante a seu favor. Ambos receberão a mesma pena.

[d] Pode acontecer pior. Imagine-se que um dos réus tem a seu favor todas as cir-

cunståncias do artigo 59, confessou e tem 18 anos, cometeu o crime por relevante valor moral e antes do julgamento reparou o dano. O outro tem contra si várias das circunstâncias do artigo 59, tem maus antecedentes, é criminoso habitual, seus motivos foram egoísticos, sua personalidade é aberrante, sua conduta social é péssima, mas confessou e é menor de 21. Por isso, este último recebe pena superior à mínima, e é premiado com duas atenuantes. O outro, que tinha bons antecedentes e tudo mais, recebe pena mínima e não recebe atenuação nenhuma. A aplicação da jurisprudência majoritária, nesse caso, leva a tratar melhor quem, pelos critérios legais, deveria receber tratamento mais severo.

Em todos os exemplos figurados, a aplicação da jurisprudência majoritária, que impede a atenuação abaixo do mínimo, leva a tratar igualmente réus em situações marcadamente desiguais. E, com isso, contraria o princípio da isonomia ³.

Há mais desdobramentos anti-isonômicos na tese dominante. Note-se que o motivo de relevante valor social ou moral, no homicídio e na lesão corporal, constitui causa especial de diminuição de pena. Nos demais delitos é mera atenuante genérica. Aplicada a tese majoritária, o relevante valor moral ou social justifica pena inferior ao mínimo no homicídio, e não nos demais delitos. Há tratamento desigual para condenados em situações iguais. E não se pode dizer que as situações, aí, são desiguais, porque um cometeu homicídio e outro cometeu, p.ex., crime de dano. O fundamento da redução da pena não é *a natureza do delito*, e sim *a natureza do motivo*. Se os motivos são *da mesma natureza*, no homicídio ou no dano, então há, quanto ao tema 'redução da pena' *situações iguais*. Mas a tese majoritária prevê, para o caso, *soluções desiguais* ⁴.

III – A interpretação sistemática contraria a tese majoritária.

Os poucos que se dão ao trabalho de tentar entender *porque* a atenuação abaixo do mínimo seria incabível invocam o texto do *caput* e do inciso II do art. 59 Código Penal. Vêm no texto "o juiz (...) estabelecerá (...) a quantidade da pena aplicável, *dentro dos limites previstos*" a vedação legal para a atenuação abaixo do mínimo. Interpretam a expressão *dentro dos limites previstos* como limitadora da aplicação da atenuante infringindo o limite do mínimo abstrato do tipo. Mas assim não é, como se percebe numa leitura mais atenta.

É que a regra do artigo 59 refere-se à fixação da pena-base, primeira etapa do procedimento trifásico de individualização da pena. É fácil perceber isso lendo o artigo 68, que trata do procedimento trifásico, e esclarece que *a pena-base será fixada atendendo-se aos critérios do artigo 59 deste Código*. Logo, a vinculação aos limites previstos é restrita à pena-base: o juiz não pode, *na primeira fase* do procedimento trifásico de individualização da pena, avançar além da pena máxima ou aquém da mínima abstrata cominada ao tipo penal.

Por isso é que, na terceira fase da individualização, referente às causas de aumento ou diminuição, é pacífico que o juiz pode elevar a pena acima do máximo abstrato, ou diminuí-la abaixo do mínimo abstrato. Se a vinculação prevista no artigo 59 se referisse a *todo o processo* de dosimetria, o juiz não poderia desbordar dos limites míni-

³ Todos esses paradoxos já eram anunciados por AGAPITO MACHADO, em 1989 (RT 647/388).

⁴ Esse argumento é de JAMES TUBENCHLAK (*O tribunal do júri*, 3ª ed., Forense, 1991, p.285).

mo e máximo do tipo, em *nenhuma* das três fases da individualização. Vale dizer, se o inciso II do artigo 59 vigorasse para *todo o procedimento* trifásico da dosimetria, não se poderia aumentar a pena acima do máximo por uma causa de aumento da parte geral ou especial, ou diminuí-la abaixo do mínimo por uma causa geral ou especial de diminuição, como p.ex. a tentativa.

De onde se conclui que o artigo 59 e seu inciso II vinculam apenas a primeira fase da dosimetria: a *fixação da pena-base*. Na segunda fase, referente às agravantes e atenuantes, e na terceira, referente às causas de diminuição e aumento, não está o julgador adstrito ao máximo e ao mínimo abstratos do tipo. Note-se que o artigo 68 não repete a regra do inciso II do artigo 59.

Em segundo plano, a expressão *limites previstos*, que aparece no artigo 59, não se refere direta e especificamente aos limites máximo e mínimo cominados em abstrato *no tipo incriminador*. Os *limites previstos* para a pena criminal são os limites previstos *na lei*, ou, em termos simples, previstos *em toda a legislação penal*. No furto há um limite mínimo de um ano. Mas no furto tentado o limite mínimo é de quatro meses (um ano menos dois terços). E se o furto for de pequeno valor, e o agente primário, o limite mínimo passa a ser de quatro meses. Já se se tratar de furto noturno, o limite mínimo é de um ano e quatro meses (um ano mais um terço), se o delito é consumado, ou de cinco meses e dez dias se o delito é apenas tentado. No mesmo furto noturno consumado, se o agente repara o dano o limite mínimo é alterado para cinco meses e dez dias. No estupro há um limite máximo de dez anos. Mas se resulta lesão grave, esse limite máximo sobe para doze anos. E se a vítima tem menos de 14 anos esse limite sobe de novo para 24 anos, por força do artigo 9º da LCH. Ninguém negaria o acerto dessas afirmações.

Logo, o limite mínimo e o limite máximo são apurados não só pela constatação do mínimo e do máximo abstratamente cominados na norma que define o crime (no preceito secundário do tipo incriminador), mas *conjugadamente* pela análise de outros dispositivos, da parte especial, da parte geral ou até de leis extravagantes (como no exemplo da LCH), que ampliam ou reduzem aqueles limites.

Quando o inciso II do artigo 59 limita a ação dosimétrica do juiz aos limites máximo e mínimo, está se referindo aos limites apurados pela interpretação conjunta – *i.e.*, sistemática – de *todas as regras criminais aplicáveis*. E, dentre elas, não há razão jurídica que exclua as agravantes e atenuantes.

Nenhum artigo de lei diz que as atenuantes não podem reduzir a pena abaixo do mínimo abstrato do tipo incriminador. Se os diversos cânones legais que interferem na dosagem da pena, sejam eles da parte especial (como os exemplos citados dos arts. 155, §§ 1º e 2º, 223) e da parte geral (como os citados arts. 14 e 16) interferem para alterar os limites máximo e mínimo da pena, porque as atenuantes genéricas, que também são cânones legais interferentes na dosagem da pena, não produziram esse mesmo efeito? É princípio de tradição multimilenar que onde há a mesma razão de Direito deve vigorar a mesma solução jurídica. Não há, todavia, nenhuma *norma* ou razão juridicamente sustentável que justifique distinguir as atenuantes das causas de diminuição da pena, quanto ao efeito de reduzir o limite mínimo das penas.

IV – A interpretação majoritária contraria a finalidade da norma.

Se o Direito positivo prevê as atenuantes como causas obrigatórias de redução da pena, o faz com uma finalidade. O Direito é uma estrutura tridimensional, consoante ensina MIGUEL REALE, onde norma, fato e valor estão inter-relacionados. Aqui, a *norma* (as circunstâncias do art. 65 levam à redução da pena) funda-se num *fato* (alguns delitos são cometidos em circunstâncias que os tornam menos reprováveis) e visa salvaguardar um *valor*. Que valor é esse?

Mais de uma resposta pode ser oferecida, mas todas levam a um resultado semelhante. Pode-se dizer que o *valor* defendido pela norma é o da *Justiça*, ou o da *isonomia*, ou o da *proporcionalidade* da pena. De qualquer sorte, transparece que o objetivo da norma é o de dar tratamento mais benevolente a quem age em situação menos censurável. ‘Menor a reprovabilidade, menor a pena’, é a tradução que se pode dar à regra em exame. Não há como interpretar a regra do art. 65 como tendo um *fim social* diferente desse.

Ora, contraria a finalidade da norma – e, pois, não resiste a uma análise teleológica – qualquer interpretação do art. 65 que leve ao resultado ‘menor reprovabilidade, maior a pena’, ou a resultado ‘menor a reprovabilidade, igual pena’. Como antes examinado, no item II *supra*, a interpretação consagrada na Súmula 231 leva, frequentemente, ao resultado ‘reprovabilidade menor, pena igual’. É, portanto, uma interpretação desautorizada pelo método teleológico: uma interpretação que contraria a finalidade da norma.

V – A Súmula 231 contraria a interpretação gramatical.

O *caput* do art. 65 diz que as circunstâncias mencionadas nos seus incisos ‘sempre atenuam a pena’.

Uma das regras mais tradicionais da Hermenêutica é aquela que diz que *a lei não contém palavras supérfluas ou inúteis*⁵. Por conseqüência, é atécnica qualquer interpretação que conclua pela superfluidade de alguma das palavras da lei. Constitui engano – ou manifesto ‘estelionato hermenêutico’ – interpretar a lei ‘de borracha em punho’, ‘apagando’ os trechos do texto que não coincidem com o desejo do intérprete. Não há, aí, na verdade, uma *interpretação*, mas sim uma *deturpação* da norma. A pretexto de interpretar, reforma-se a lei.

Pois bem: o art. 65 diz que as atenuantes *sempre* reduzem a pena; já o pensamento consagrado na Súmula 231 afirma que as circunstâncias do art. 65 *nem sempre* atenuam a pena; atenuam-na *às vezes*, ou seja, quando a atenuação não levar a pena abaixo do mínimo abstrato. Assim, essa interpretação toma como *supérflua* a expressão *sempre* contida no *caput* do art. 65. É uma interpretação, portanto, que contraria a literalidade do texto legal e afronta uma das regras mais antigas e tradicionais na Hermenêutica. Uma interpretação que interpreta ‘sempre’ como significando ‘nem sempre’; que dá à palavra ‘sempre’ o significado de ‘quase nunca’.

Claro que o método literal não é o prevalente. Deve prevalecer a exegese que as-

⁵ Cf., a respeito, LIMONGI FRANÇA, *Hermenêutica jurídica*, Saraiva, 1999, p.27.

segurar a harmonia do sistema e a realização do fim da norma. Contudo, consoante frisado linhas atrás, a leitura literal do art. 65 – aquela que *não fecha os olhos* para a palavra *sempre* ali contida – está em harmonia plena com os critérios sistemático e teleológico de interpretação.

VI – *A crítica à concepção majoritária não é inédita.*

Seria um grotesco contra-senso criticar um ponto de vista por ser fundado somente no argumento de autoridade, e pretender sustentar essa crítica através do mesmo argumento *ab auctoritatem*. Entretanto, não se pode subtrair o crédito pela idéia aqui exposta aos que, antes e melhor, a defenderam. Por isso cumpre registrar que são favoráveis à atenuação abaixo do mínimo abstrato do tipo AGAPITO MACHADO ⁶, JAMES TUBENCHLAK ⁷, MIGUEL LOEBMANN ⁸, JÚLIO MIRABETE ⁹, CELSO DELMANTO *et alii* ¹⁰, LUIS REGIS PRADO ¹¹, INACIO DE CARVALHO NETO ¹² ¹³.

Há, no mesmo sentido, acórdãos admitindo a atenuação abaixo do mínimo abstrato em RT 702/329 e *Julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo* 150/290 (ambos relatados pelo Des. LUIZ PANTALEÃO), e também um acórdão do TRF da 2ª Região ¹⁴. Também o STJ, julgando o Recurso Especial nº 151837/MG, pelo voto condutor do eminente Ministro VICENTE CERNICCHIARO, admitiu a aplicação da atenuante para reduzir a pena abaixo do mínimo legal ¹⁵.

VII – *Objecções à atenuação abaixo do mínimo.*

São bem poucos os estudiosos que, apoiando o pensamento majoritário expresso na Súmula 231, se dignam de justificar *com outro argumento*, que não seja o *ab auctoritatem*, essa posição. Bem por isso suas razões merecem consideração, e detida análise. Basicamente duas são as objeções levantadas contra a atenuação *infra minimum*: ofensa ao princípio da legalidade, e perigo de abuso por parte do juiz.

⁶ *As atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal*, RT set./1989, p.388.

⁷ *O tribunal do júri*, cit., p.285.

⁸ *As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal*, RT 676, fev./1992, p.390.

⁹ *Manual de direito penal*, 7ª ed., Atlas, 1993, vol. 1, p.296.

¹⁰ *Código penal comentado*, cit., p.112.

¹¹ *Curso de direito penal brasileiro*, RT, 2000, p.442.

¹² *Aplicação da pena*, Forense, 1999, p.94.

¹³ RUY ROSADO DE AGUIAR manifesta-se também pela admissibilidade da redução da pena abaixo do mínimo abstrato mas só quando incidir a atenuante da confissão (*Aplicação da pena*, Revista Síntese de Direito Penal, ago./2000, vol. 3, p.46). Não vemos, contudo, qual a distinção que justifique dar tratamento diferenciado à atenuante da confissão em relação às demais, no que toca ao limite de atenuação.

¹⁴ Ap. nº 2072, DJU 11/01/90, p.154, *apud* CELSO DELMANTO (*Código penal comentado*, 4ª ed., Renovar, 1998, p.115).

¹⁵ STJ/DJU de 22/06/98, pág. 193, publicado no Jornal *O Estado do Paraná*, Caderno Direito e Justiça, 25/10/98, p.3.

[a] *O princípio da legalidade.*

Vários estudiosos afirmam que diminuir a pena abaixo do mínimo, por força de atenuante, implica em ofensa ao princípio da legalidade, que sofreria golpe mortal se atenuantes e agravantes ultrapassassem os limites da pena abstrata do tipo ¹⁶. Analisemos esse argumento.

Diz o princípio da legalidade ou reserva legal que *não há crime nem pena sem cominação legal expressa*. Analogia, costumes, princípios do Direito, não podem definir crimes nem estabelecer ou alterar penas. Diz a doutrina majoritária que, ao reduzir a pena abaixo do limite mínimo abstrato, previsto no tipo incriminador, o juiz estaria violando o limite mínimo da pena, imposto pelo legislador. Estaria, assim, aplicando pena menor que a permitida pela lei. Pena ilegal, enfim.

Ocorre que essa conclusão parte de uma interpretação *estreita demais* do princípio da legalidade. É certo que a aplicação da pena criminal está demarcada pela lei: é atividade que se faz em estrita obediência à legalidade. Ocorre que a lei penal não se resume ao tipo incriminador. A definição dos crimes não é feita somente pelos tipos incriminadores, nem somente na parte especial. Assim também a fixação da pena não é legislada somente no tipo incriminador, nem só na parte especial. Dispositivos da parte geral interferem para definir a tipicidade de condutas, e por certo também interferem para definir a quantificação das penas.

Amostra disso é o fenômeno da adequação típica mediata, ou indireta. É sabido que não há tipo incriminador que descreva a conduta de *tentar matar alguém*. O art. 121, como quase todos os tipos incriminadores, descreve somente o crime consumado. De forma que, via de regra, todo delito tentado é atípico para o tipo incriminador, isoladamente considerado. É somente a conjugação da regra do art. 121 com a norma do art. 14 do Código Penal que permite considerar típica a conduta de tentar matar. O mesmo se poderia dizer de quase todos os delitos tentados. E o mesmo acontece também na participação: a conduta do partícipe é sempre atípica para o tipo incriminador. Torna-se típica somente com a conjugação do tipo incriminador com a norma do art. 29. Isso quer dizer, em suma, que se considerarmos *apenas o tipo incriminador* como *lei*, para os fins do princípio da legalidade, só seriam crimes as condutas descritas nos tipos incriminadores. E seriam atípicos todos os delitos tentados, e todas as condutas de participação: sua punição ofenderia o princípio da legalidade. É claro, porém, que assim não ocorre. E não ocorre porque entende-se como *lei*, para fins do princípio da reserva legal, qualquer artigo de *lei em sentido estrito*. Tanto os tipos incriminadores, como os dispositivos não-incriminadores da parte geral, são *lei*. Por isso, quando o juiz conjuga o tipo do art. 121 com o do art. 14, para punir um homicídio tentado, ou o tipo do art. 121 com o do art. 29, para punir o partícipe num homicídio, não infringe o princípio da legalidade.

Numa frase, o que se disse é que *só a lei pode definir crimes*, contudo a lei define o crime *não só no tipo incriminador*, mas também *em outros dispositivos*, inclusive da parte geral.

¹⁶ Vide, nesse sentido, GILBERTO FERREIRA (*Aplicação da pena*, Forense, 2000, p.102); CEZAR BITENCOURT (*Manual de direito penal*, Saraiva, 2000, v.1, p.523); SILVA FRANCO *et alii* (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, RT, 1995, t.1, p.826).

Ora, o mesmo enunciado, sob pena de incongruência do sistema, tem que valer também para a segunda parte do princípio da legalidade, relativa à pena. Assim: só a lei define a pena e seu *quantum*, mas a lei define a pena e seu montante *não só no tipo incriminador, mas também em outros dispositivos, inclusive da parte geral.*

Essa afirmação nada tem de estranho, ou novo. É pacífico desde sempre que as causas de diminuição de pena da parte geral (arts. 14 e 16, p.ex.) interferem na dosagem da pena, e nunca se taxou essa interferência de ofensiva ao princípio da legalidade. Também é certo desde sempre que referidas causas de diminuição de pena previstas na parte geral podem reduzir a pena abaixo do mínimo abstrato do tipo. E nunca ninguém defendeu que essa redução ofendesse o princípio da legalidade. Porque? Porque é incontroverso que as regras da parte geral são também *lei*, e portanto pesam para determinar o montante da pena, e seus limites. Numa frase: é o legislador quem estabelece a pena mínima, mas a estabelece não só através do preceito secundário do tipo, e sim mediante uma gama de dispositivos, da parte especial e da parte geral, que se conjugam para determinar o limite da sanção. A apuração da pena, com base na conjugação, na interpretação sistemática desses dispositivos todos, é cumprimento estrito da lei: *é a própria legalidade.*

Violar o princípio da legalidade é agir contra o mandamento legal, e, no caso das atenuantes, violar a legalidade é [a] diminuir a pena *fora dos casos* previstos em lei, ou [b] diminuí-la *além dos limites* previstos em lei. Quem atenua abaixo do mínimo do tipo não incide em nenhuma dessas ilegalidades. Vejamos.

Quanto à diminuição fora dos casos previstos em lei, essa ilegalidade não ocorre, desde que a atenuação *infra minimum* seja fundada numa das circunstâncias do art. 65 ou 66. O art. 65 não diz que as circunstâncias ali elencadas reduzem a pena *quando esta for superior ao mínimo*. Diz somente que as tais circunstâncias reduzem *sempre* a pena. Logo, quando, reconhecendo presente uma daquelas circunstâncias, o juiz reduz a pena, está operando uma diminuição *determinada pela lei*. Não pode haver infração ao princípio da legalidade no cumprimento de um mandamento legal.

A outra hipótese de ilegalidade consiste em diminuir a pena *além dos limites* previstos na lei. Incide nela o juiz que atenua a pena aquém do mínimo abstrato do tipo? Entendemos que não. Consoante esclarecido no item III *supra*, os *limites legais* a que está o juiz adstrito, na tarefa de individualização da pena, não são somente os limites mínimo e máximo do tipo incriminador. Essas balizas, do preceito secundário do tipo incriminador, fixam os limites mínimo e máximo para a *pena-base*, para a *primeira fase* do processo dosimétrico. Para a segunda e a terceira fase desse processo não vigoram só os limites do tipo incriminador, e sim os limites que forem indicados pela interpretação sistemática das normas de individualização da pena, da parte especial e da parte geral, aplicáveis ao caso em exame.

Uma coisa é o *mínimo abstrato do tipo*, e outra coisa é o *limite mínimo da pena*. O primeiro, o *mínimo abstrato*, é o patamar mínimo para fixação da pena-base, no primeiro momento do processo de individualização; é encontrado no preceito secundário de cada tipo incriminador. O segundo, o *limite mínimo da pena*, vigora para a pena definitiva, ao cabo das três fases do processo dosimétrico: é apurado mediante a conjugação do mínimo abstrato do tipo com as demais circunstâncias agravadoras e minorantes, da parte geral e da parte especial.

Ocorre, simplesmente, que o legislador não determinou o montante da redução, na atenuante genérica, deixando a fixação do *quantum* a cargo do juiz. Logo, quando fixa esse *quantum*, autorizado pela lei, o juiz não infringe o princípio da legalidade, ao contrário, o atende. Exerce uma competência que lhe foi atribuída pelo legislador. Não se trata de aplicar uma redução *além do limite* legal, porque a lei, ao conferir ao próprio juiz a tarefa de quantificar a redução, escolheu como limite o da prudência judicial. O legislador conferiu ao juiz, nas causas de diminuição da pena, o dever de diminuir a sanção, e fixou-lhe um *quantum* expresso. Nas atenuantes, o legislador conferiu ao juiz o poder-dever de atenuar a pena, e o poder-dever de fixar o *quantum* dessa atenuação.

Atingimos, assim, o ponto nevrálgico do debate, aquele onde se aborda a verdadeira razão – camuflada, ou não confessada, pela maioria – porque tantos repudiam a atenuação aquém do mínimo: o medo do arbítrio dos juízes.

[b] *Possibilidade de abuso por parte do juiz.*

Merecem louvor os doutrinadores, como COSTA JR. e SILVA FRANCO, que admitem abertamente o *receio de abuso por parte do juiz* como a verdadeira razão de se oporem à atenuação *infra minimum*. COSTA JR. diz que admitir essa atenuação implicaria em trocar a certeza do direito pelo arbítrio judicial¹⁷, e SILVA FRANCO afirma que nessa solução a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos ‘segundos códigos’ do magistrado¹⁸. FERREIRA diz que ‘o legislador tem medo do arbítrio judicial’¹⁹.

Sabe-se que o pensamento consagrado na Súmula 231 parte de uma distinção: causas de diminuição da parte geral ou especial podem levar a pena abaixo do mínimo abstrato do tipo; atenuantes genéricas não podem. Qual o fundamento dessa distinção? Qual a diferença essencial entre as atenuantes e as causas de aumento, que permite a estas infringir o mínimo abstrato do tipo, e àquelas não? A única diferença entre uma causa de diminuição de pena da parte geral (como os citados arts. 14 e 16) e uma atenuante está em que, nas primeiras, o legislador fixa o grau de redução da pena, ou fixa um grau máximo e um grau mínimo para essa redução. Já nas atenuantes, o montante da redução não é fixado pelo legislador, que transferiu ao juiz a atribuição de determiná-lo.

Pois bem, o argumento dos partidários do entendimento consagrado na Súmula consiste em dizer que, por não terem as atenuantes parâmetro fixo pelo legislador, aceitar a atenuação abaixo do mínimo levaria ao perigo de uma atenuação tão grande que implicasse em impunidade. Nada, porém, é menos digno de crença.

Em primeiro plano, cabe realçar: o legislador, ao conceder ao juiz o poder-dever de fixar o *quantum* da atenuação, não lhe deu um ‘cheque em branco’, uma liberdade irrestrita que permita ao julgador exorbitar e utilizar a cláusula-atenuante como válvula para a impunidade. O poder quantificador do juiz, na segunda fase da dosime-

¹⁷ COSTA JR., *Direito penal – curso completo*, Saraiva, 2000, p.176.

¹⁸ Op.cit., p.826.

¹⁹ Op.cit., p.103.

tria, está também *limitado*: é balizado por *limites implícitos* do sistema.

Não se admite que uma atenuante possa levar à supressão da pena, ou a uma pena irrisória que implique na impunidade prática, porque isso equivaleria a equiparar os efeitos de uma causa de redução de pena (menor reprovabilidade) aos de uma causa de isenção de pena (nenhuma reprovabilidade). Há, na condenação com atenuante, uma conduta que, além de típica e ilícita, é também censurável. A censurabilidade é apenas diminuída por alguma circunstância – a atenuante. O *fim* da norma do art. 65 não é o de eliminar a sanção, mas evidentemente o de *atenuá-la*, quer dizer, minorá-la, torná-la mais branda. *Minorar* não quer dizer *eliminar*. Logo, uma quantificação que neutralizasse a pena, que a tornasse inexistente ou *inexpressiva*, estaria em franca contradição com a interpretação teleológica do art. 65.

Por outra, uma atenuação que excedesse os limites das causas de diminuição, ou mesmo deles se aproximasse, seria reprovada pela interpretação sistemática. As causas de diminuição de pena registram as hipóteses de redução *mais acentuada* da censurabilidade, enquanto que as atenuantes elencam as hipóteses de redução *menos relevante*. Por isso, infringe a harmonia interna do sistema qualquer interpretação que atribua a uma atenuante genérica poder minorante superior ou equivalente ao das causas de diminuição.

Por fim, a jurisprudência, que é também fonte do Direito, tem, há muito, critérios consagrados para o potencial minorante das circunstâncias do art. 65. Esses critérios são limites bem sólidos e bem definidos para a atuação do juiz na segunda fase da dosimetria.

Logo, os critérios lógico, sistemático e teleológico de interpretação, mais o duplo grau de jurisdição, são limites suficientes para balizar o labor do juiz, na quantificação das atenuantes, e para coarctar eventuais abusos. Um padrão derivado da construção pretoriana é, por si só, bastante para fornecer a segurança tão almejada pela corrente majoritária.

Tal padrão é subjetivo e baseado em critérios maleáveis? Por certo. E não são subjetivos e maleáveis os critérios pelos quais o juiz escolhe um grau de diminuição entre um terço e dois terços quando se trata de tentativa? E para escolher entre um terço e dois terços na diminuição do artigo 16, os critérios não são também subjetivos e maleáveis? E para reduzir entre um terço e dois terços a pena na hipótese de semi-responsabilidade do artigo 26, parágrafo único? E para aumentar a pena entre o nada e a metade, no caso do artigo 29, § 2º? E para aumentar a pena entre um sexto e dois terços pelo crime continuado? Ou entre um sexto e metade, no concurso formal? Ou para diminuir a pena de um terço a dois terços, ou simplesmente substituí-la por multa, na hipótese do artigo 155, § 2º? Não há, em todas essas hipóteses, que tomar o juiz uma decisão com base em critérios vagos, imprecisos, mais ou menos maleáveis e flexíveis, interpretáveis com alguma margem de arbítrio, e deixando campo para uma possível arbitrariedade? Com toda certeza, sim. Nestes, e em muitos outros casos, o legislador colocou nas mãos do juiz completar o trabalho legislativo integrando, com suas luzes, conceitos abstratos, subjetivos ou incompletos, como *mulher honesta* (art. 215), *justificável confiança* (art. 217), *dignidade* (art. 140), *decoro* (art. 140), *adulterio* (art. 240), *pequeno valor* (art. 155), *sem justa causa* (arts. 153, 244, 246, 248), *grave sofrimento* (arts. 148, § 2º, 225, 244, § 2º), *ato obsceno* (art. 233), *relevante valor social* (art. 121), *relevante valor moral* (art. 121), *deformidade* (art. 129), *conseqüências graves que tor-*

nam a sanção penal desnecessária (art. 121, § 5º), *provocação injusta* (art. 121, § 1º), *socialmente recomendável* (art. 44, § 3º), *razoabilidade do sacrifício de bem* (art. 41), *condições pessoais que façam supor que o réu não tornará a delinquir* (art. 83), *condições adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado* (art. 79), *o valor do dia multa será fixado pelo juiz* (art. 49, § 1º), *pena necessária e suficiente para prevenção e repressão do crime* (art. 59), e tantos outros.

Ocorre que, em todas essas e em incontáveis outras hipóteses, o legislador confiou à prudência do juiz a tarefa de completar ou integrar a obra legislativa, aclarar conceitos, adaptar a letra fria da lei à realidade cotidiana, criar a norma adequada para a miríade de situações reais imprevisíveis para o criador da norma abstrata. Se, em tantos pontos e aspectos, os juízes mereceram a confiança do legislador, e nem por isso o sistema penal foi subvertido pelos ‘segundos códigos’ dos juízes, porque nesse passo somente, da fixação do grau de atenuação, de tão pequena relevância se comparado com os outros exemplos, o juiz não mereceria essa confiança?

Os próprios parâmetros do artigo 59 são exemplos claríssimos de conceitos subjetivos, maleáveis, imprecisos, que são preenchidos pelo trabalho do juiz. Podem representar a diferença entre uma pena de seis anos ou de vinte anos, como no homicídio, p.ex.. Quanto vale um mau antecedente? Um sexto sobre o mínimo? Um terço sobre o mínimo? Dez por cento sobre o mínimo? E dois maus antecedentes? Valem o dobro? Se a vítima do homicídio deixa viúva e um filho, em quanto essa consequência aumenta a pena-base? E se forem três órfãos, e não um só? Se o homicida matou porque a vítima lhe devia cem reais, esse motivo leva a pena-base para quanto? E se a dívida era de cem mil reais, qual a pena-base adequada para semelhante motivo?

É fácil perceber que a margem de arbítrio que o legislador confiou ao Judiciário, apenas no *caput* do artigo 59, é suficiente para causar mais e muito maiores arbitrariedades, se o Judiciário não for digno daquela confiança, do que a simples determinação do grau de atenuação ou agravação. Ainda que se aplique a risca a Súmula 231, a lei ainda abre muitas e anchas portas para o mau juiz fazer entrar a arbitrariedade no processo dosimétrico. Apaguem-se dos códigos as normas passíveis de interpretação abusiva, e só restarão nas estantes grossos volumes de folhas em branco. A propalada ‘certeza do direito’, defendida por COSTA JR., é uma certeza *bem menos certa* do que parece ao leigo. É uma certeza fundada em bases voláteis, numa lei que é um edifício feito de palavras, tijolos maleáveis e fluidos. Uma certeza que sempre dependeu, e dependerá sempre, da qualidade dos aplicadores do Direito.