

## As circunstâncias atenuantes e agravantes continuam adstritas aos limites punitivos do tipo

DIONÍSIO GARCIA

Promotor de Justiça e Prof. — SP

1. Antes da reforma penal de 1984 era indiscutível na doutrina e na jurisprudência que as circunstâncias atenuantes e agravantes não tinham força de fazer ultrapassar a pena para aquém do mínimo, ou para além do máximo. Isto significava que, se na cominação mínima foi prefixada a pena-base, atendidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, a existência de somente circunstâncias atenuantes era inoperante, de modo inverso, se, além de circunstâncias judiciais contrárias ao réu, só circunstâncias agravantes fossem apuradas, estas seriam irrelevantes se a pena-base tivesse sido fixada na quantidade máxima (STF, RE 90.974, RT 541/472; HC 56.723, RT 537/412; TFR — Ap. Rel. Min. José Cândido — DJU, 25.11.82, p. 12.047; RT 485/323, 417/92, 444/383, 496/310; JTACrimSP 23/194, 24/226, 27/58, 28/285, 29/76, 31/191, 37/25, 38/226, 42/176, 43/369, 44/412, 47/225 — in Bento de Faria, "Código Penal Brasileiro", Record, 1959, Vol. III, p. 71; E. Magalhães Noronha, "Direito Penal", Saraiva, 1979, 1 Vol., p. 266; Roberto Lyra, "Comentários ao Código Penal", Forense, 1942, Vol. II, p. 173; Pedro Vergara, "Das Circunstâncias Atenuantes", Livraria Bofoni, 1948, p. 57; Basileu Garcia, "Instituições de Direito Penal", Max Limonad, 3.<sup>a</sup> ed., Vol. I, Tomo II, p. 489).

2. Inobstante a reforma esse entendimento permanece majoritário. "As penas não podem ser aplicadas fora dos limites previstos pela lei penal, em razão de circunstâncias atenuantes ou agravantes. Tão-só por força de causa de aumento ou diminuição esses limites podem ser ultrapassados, porque, em casos que tais, ocorre o surgimento de uma subespécie delituosa, com um novo mínimo e um novo máximo", JTACrimSP 84/266 (cf. também RT 644/89; Celso Delmanto, "Código Penal Comentado", Freitas Bastos, 1986, p. 109; Damásio E. Jesus, "Direito Penal", Saraiva, 1985, Vol. I, págs. 479 e 495; Paulo José da Costa Jr., "Direito Penal Objetivo", Forense Universitária, 1989, p. 128; Heleno Cláudio Fragoso, "Lições de Direito Penal", Forense, 7.<sup>a</sup> ed., 1985, p. 344; Alberto Silva Franco e out., "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial", RT, 2.<sup>a</sup> ed., 1987, p. 202).

3. Sucede que presentemente já está sendo esboçada uma divergência lastreada em argumentos distintos. De um lado, na suposição de encontrarem-se, num mesmo processo, dois acusados, respondendo por igual delito (v.g. CP, art. 334) onde ambos sejam primários e de bons antecedentes, mas que um, à época dos fatos, fosse menor de 21 anos. Aplica-se a pena-base no mínimo legal — considerando a jurisprudência do STF e TFR — e, em seguida, baixa em dois meses a do que era menor, levando em conta a atenuante (CP, art. 65, I), sob pena de, não o fazendo, tratar igualmente pessoas desiguais, ou seja, pena de ambos serem punidos igualmente e de modo definitivo com um ano de reclusão. Afirma-se que, se assim não se proceder em relação ao acusado que era menor na data do fato, estará o juiz solapando-lhe direito conferido pela lei penal em vigor (art. 68, c.c. o art. 65, I, do CP) de lhe ser reconhecida a atenuante da menoridade, além de descumprir, grosseiramente, o art. 68 do CP, que não confere ao juiz uma discricção, mas um dever, ao afirmar que, após a fixação da pena-base, serão consideradas as circunstâncias atenuantes (cf. Agapito Machado, "As Atenuantes Podem Fazer Descer A Pena Abaixo Do Mínimo Legal", RT 647/389). O outro argumento é o de que, diante da redação dada ao Código pela Lei n.º 7.209, enquanto para a fixação da "pena-base" se determina que devem ser obedecidos os "limites previstos" da pena aplicável (art. 59, inciso II), o artigo 68 não apresenta essa restrição ao dispor que, após essa fixação, "serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes", liberando-se o julgador para a aplicação de pena superior ao máximo ou inferior ao mínimo. Tal interpretação não era possível durante a lei anterior, visto que se entendia serem consideradas na fixação da "pena-base" as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes. Além disso, o art. 42 da lei anterior, referente à fixação da "pena-base", mencionava as "circunstâncias" do crime, entendendo-se que se referiam elas às agravantes e atenuantes. Tal obstáculo não mais existe porque as "circunstâncias" previstas no art. 59 não se referem a elas, como deixa claro o tipo do art. 68 ao estabelecer as fases do cálculo de aplicação da pena (cf. Júlio Fabbrini Mirabete, "Manual de Direito Penal", 1985, p. 303, nota 160).

4. A reforma penal em nenhum momento edificou qualquer extremismo no tocante ao problema dos poderes discricionários do Juiz na aplicação da pena, conservando o critério anterior. De fato, não se quis excluir todo o poder discricionário com a acolhida do sistema das penas fixas e igualmente não se deu guarida à idéia da pena indeterminada, que no dizer de Giuseppe Bettiol (cf. "Direito Penal", RT, Vol. III, p. 155) causaria a irrupção de uma discricionarieidade excessiva. Tal qual o modelo italiano a discricionarieidade se estabelece, quer na escolha da qualidade da pena, como na determinação da quantidade dentro dos parâmetros de um mínimo a um máximo, que são exatamente os limites fixados pela lei.

A discricionarieidade excessiva nunca existiu em nosso regime republicano. Desde 1890 o Código Penal enfaticamente no artigo 61 estabelecia que "nenhum crime será punido com penas superiores ou inferiores às que a lei impõe para repressão do mesmo, nem por modo diverso do estabelecido nela, salvo o caso em que ao juiz se deixar arbítrio". Aliás, universalmente, já no século dezoito o extremismo onipotente dos Juizes fora derrotado. Daí o *nullum crimen, nulla poena sine lege*: "não há crime, nem pena, senão quando previsto em lei".

Bem por isso a defesa da ausência de limites legais para as circunstâncias atenuantes não pode desconhecer, a contrário *sensu*, os efeitos malévolos da verificação dessa mesma ausência de limites frente às circunstâncias agravantes. Conforme Alberto Silva Franco, "o entendimento de que o legislador de 84 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade

do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que a pena, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos segundos códigos do magistrado" (ob. cit. p. 202).

A situação apontada como iníqua pelo primeiro argumento da tese divergente não escapava de análise nem mesmo ao tempo do diploma anterior (cf. Basileu Garcia, ob. cit., p. 493), de forma que não se cuida de proclamar a existência de uma inovação, por esse prisma. O agente, concorrendo de qualquer modo para o crime, **incide nas penas a este cominadas** (CP, art. 29), de sorte que não lhe socorre reclamar violação de direito líquido e certo, já que a pena recebida — e como o favor de estar fixada no grau mínimo — era exatamente a fixada para o delito. Nesse diapasão, sem ofensa a direito, não pode reclamar desigualdade.

O **dever** de consideração das circunstâncias atenuantes e agravantes também resulta mal compreendido. O comando "**serão consideradas...**" (CP, art. 68) vem externar indubitavelmente que as circunstâncias legais não podem ser excluídas, no cômputo dos coeficientes exacerbativos ou diminuidores da penalidade, o que, pela relevância, achou prudente o legislador mencioná-los de modo explícito, a fim de que não passassem despercebidos. Mas, sujeitou-os ao **limite** do máximo e do mínimo, a ser indicado pelos preponderantes, conforme a norma precedente do art. 67, CP.

Se as circunstâncias judiciais encontram-se adstritas aos **limites** do tipo punitivo conforme a norma do art. 59, II, CP, as circunstâncias legais atenuantes e agravantes também resultam **limitadas** por igual expressão utilizada no art. 67, CP. Em suma, o limite das circunstâncias legais não estava no antigo art. 42, como se sustenta, mas no art. 49, cujo texto **de igual teor** foi relocado para o art. 67.

Admitida a ausência de limites, contra a letra expressa da lei, para as circunstâncias legais, imperioso é concluir que teriam elas hoje mais força que as próprias causas de aumento ou de diminuição da pena, sendo que só estas classicamente são tidas como minorantes da própria imputação (Carrara, v. Progr., parágrafo 713, nota 12), donde a criação legal, aqui, de uma subespécie delituosa, com um novo mínimo e um novo máximo. Já as circunstâncias legais, preexistindo ao fato, surgindo ou influenciando **post factum**, alteram, por certo, a relação de proporção entre o delito e a pena, mas são **ditadas por motivos estranhos à essência de fato do delito** (cf. Pedro Vergara, ob. cit., p. 16), donde a necessidade permanecerem adstritas aos limites do tipo punitivo.