

Daniel Gerber: Pena pode sempre ser reduzida se há atenuantes

É controversa a possibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal, através da incidência de atenuantes sobre uma pena que ultrapassa a primeira fase (circunstâncias judiciais) de sua aplicação ainda no mínimo legal.

Partindo-se do pressuposto de que o tema versa sobre a correta interpretação de texto de lei federal e de sua necessária conformação com os princípios constitucionais que lhe regem — no caso, tanto o da legalidade quanto o da isonomia e individualização da pena, artigo 5º, inciso XLVI —, a crítica ao modelo jurisprudencial contemporâneo permanece válida e necessária.

Como bem observa o juiz federal substituto da 14ª Vara Federal de Alagoas, Ângelo Cavalcanti Alves de Miranda Neto, a não diminuição de reprimenda em caso de confissão do acusado equipara-o ao denunciado não colaborador, em violação explícita do primado da isonomia na interpretação de um comando legal (no caso, *caput* do artigo 65, CP).

Na mesma linha, Cezar Roberto Bitencourt, em seu livro *Tratado de Direito Penal*, na página 588, aponta que *não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a atenuação da pena em razão de um atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite. É correta a citada doutrina.*

Se o *caput* do artigo 65 utiliza a expressão “sempre”, ao versar sobre a incidência da atenuante, somos forçados a concluir que sempre é sempre. Interpretar tal vocábulo com restrições que contrariam sua expressão primordial equivale a ressignificar seu conceito — algo que, em Direito Penal, somente a lei federal ordinária pode fazer, conforme princípio da legalidade.

Equivale, também, a tratar igualmente os desiguais, em contrariedade ao conceito clássico de isonomia jurídica — tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam.

Não obstante, as decisões condenatórias ainda usam a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça como argumento para obstaculizar a diminuição da pena para limites anteriores ao mínimo legal. Mais grave, tal entendimento ainda se encontra vigente nas próprias Cortes Superiores.

Propomos, entretanto, uma releitura da jurisprudência do STJ, principalmente após a edição do verbete 545 que, em nosso entendimento, restabelece a correta interpretação do artigo 65, *caput*, Código Penal.

Isso porque referida súmula, ao estabelecer que “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do CP”, sem nenhuma espécie de restrição à sua aplicabilidade, nada mais faz do que reconhecer que “sempre é sempre”, ultrapassando, portanto, o antigo entendimento da Súmula 231 — se lei nova vige sobre antiga, assim o é em relação às súmulas que tratam sobre mesmo assunto.

Espera-se, portanto, que o Judiciário simplesmente reconheça na prática aquilo que a lei ordena, e que, em súmula, já está reconhecido.

Date Created

11/04/2017