

CONCURSO MATERIAL

ESTUPRO E ATENTADO VIOL AO PUDOR

Recurso

REsp -

PENA — BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL - REDUÇÃO - QUANDO SE LEGITIMA

RESUMO

: - A propósito guardo a interpretação que segue: "REsp - Penal - Homicídio - Qualificadora - Privilégio - O Código Penal, como, de resto, o Direito, é unidade. As normas se harmonizam. Secundária a colocação topográfica. Importante, fundamental é definir se há harmonia, ou incompatibilidade. A "violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima" (C.P., art. 121, § 1º) - causa especial de diminuição da pena - não é incompatível com o "emprego de recurso que impossibilita a defesa da vítima" (C.P., art. 121, § 2º) - qualificadora. Uma não contra diz à outra. A primeira é de natureza subjetiva. A segunda, objetiva. Não se repelem, não se eliminam. Assim, convivem, podem coexistir. Factualmente, admissível o agente, sob "violenta emoção", escolher, na execução, modo de impossibilitar, ou tornar impossível a reação da vítima." (REsp 77.225-MG, julg. em 19.12.95). - Assim, as referidas circunstâncias se harmonizam, não se repelem. Inexiste, pois, vício realçado pela defesa. - Quanto à possibilidade de aplicar a pena abaixo do mínimo legal, tenho manifestado minha adesão a linha doutrinária que a admite. Tanto assim, manifestei-me em estudo escrito, publicado, no Caderno "Direito e Justiça", do Correio Braziliense, de 15 de maio de 1995, pág. 5: "O Direito não se esgota na lei; voltando-se, ademais, para o dever-se, como expressão cultural, reclama do intérprete sentir a finalidade da norma. BETTIOL, ao analisar o conceito e os caracteres da dogmática jurídico-penal, de depois de refutar a "jurisprudência conceitual" porque afastada da realidade fenomênica e do mundo dos valores e da ética, refuta a "interpretação formal, própria da lógica abstrata e, com todas as letras, reclama "lógica concreta", isto é, lógica que penetra na natureza das coisas para explicar o gênese, a estrutura e a função da norma" (Direito Penale, Cedam, Padova, 1976, 9ª edizione, pág. 74). - 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 não pode limitar-se a esse trabalho, dado ser um valor que se projeta no mundo social. A orientação técnico-jurídica, entretanto, continua a comandar muitos raciocínios. - A jurisprudência, nesse contexto, é campo fértil para o jurista. O Judiciário, por isso, exerce, contemporaneamente à sua importância para projetar o Direito. O Direito, com efeito, é norma e fato (valorados). A experiência jurídica fornece, assim, o grande material para o Juiz. Não é difícil explicar e compreender, as divergências dos Tribunais são, fundamentalmente, ideológicas. Basta registrar duas posições inconciliáveis: de um lado, o magistrado que espera o legislador fornecer-lh e o material normativo para decidir o caso; de outro, o Juiz que, sem desprezar a lei, descortina a amplitude do Direito e, com razão, a toma como medida para o julgamento. Todavia, desde que coerente com a teleologia do sistema. O legislador fornece o metro do 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. Tarefa excepcional, sem dúvida, mas realística. - As construções jurisprudências (v.g. ressurgimento da cláusula "rebus sic stantibus", reconhecimento da sociedade conjugal de fato, correção monetária, independente de previsão legal específica) foram inspiradas em fatos que não se ajustavam (por imperativo de justiça) à extensão da lei. - Costumo repetir. O Juiz é o crítico da legislação. Nisso não vai nenhuma afronta ao princípio da separação dos poderes. Além de independentes, são harmônicos. Adaptar axiologicamente a lei não é repudiar a lei. A não ser que, em mora inconciliável com os valores, haja necessidade de substituí-la, ainda que o seja restritamente ao caso concreto. - A individualização da pena é princípio

EMENTA

O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5º, XLVI) materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme o critério do art. 68, C.P., "fixar a pena "in concreto". A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie "sub judice", a pena-base foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (C.P., art. 65, III, d). Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significaria desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina ponderar todas as circunstâncias do crime.