

onsulex: R Jurd
.13/n.307 out
009

REVISTA JURÍDICA

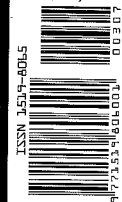
ANO XIII - Nº 307
31 DE OUTUBRO DE 2009

onsulex

WWW.CONSULEX.COM.BR

EDITORA
CONSULEX

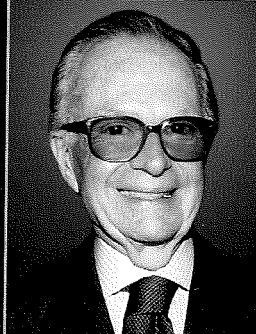
R\$ 19,75



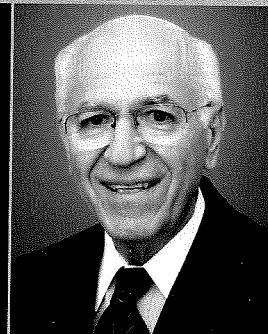
REFORMA DO CÓDIGO PENAL A PROTEÇÃO DA DIVERSIDADE SEXUAL



**Luiz Vicente
Cernicchiaro**
Pena abaixo
do mínimo
legal



**Pedro
Gordilho**
Afirmção
de suspeição
por motivo
íntimo



**José
Pastore**
A fadiga
das leis
do trabalho

CRISTIANE HELENA DE PAULA LIMA ELEIÇÕES PARA O PARLASUL – UMA UTOPIA POSSÍVEL

FÉLIXIANA MARRINHO



LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

Doutor em Direito Penal e Criminologia pela Università Degli Studi Di Roma. Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça. Foi Chefe do Departamento de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Brasília (UnB), Coordenador do Curso de Mestrado em Direito da mesma Instituição e Membro das Comissões de Reforma do Código Penal e da Lei de Contravenções Penais. Autor de diversas obras jurídicas.

PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL

O Direito não se esgota na lei, voltando-se, ademais, para o dever-ser, e como expressão cultural reclama do intérprete sentir a finalidade da norma. Bettiol, ao analisar o conceito e os caracteres da dogmática jurídico-penal, 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 a gênese, a estrutura e a função da norma".¹

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, contemporaneamente, exerce a 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 que as divergências dos tribunais são, fundamentalmente, ideológicas. Basta registrar duas posições inconciliáveis: de um lado, o magistrado que espera o legislador fornecer-lhe 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 meio do comum das coisas. O juiz considera as particularidades do fato. Caso circunstância relevante agaste-o do comum, o magistrado deverá adaptar a medida ao caso concreto. Tarefa excepcional, sem dúvida, mas realística.

As construções jurisprudenciais (*vg.* 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 registrado na Constituição da República (art. 5º, XLVI). Compreende três etapas: cominação, aplicação e execução.

A cominação é trabalho do legislador; define a pena através de lei formal. Conquista histórico-política indispensável no Direito Penal moderno.

O Judiciário, por seu turno, promove a aplicação, definindo "as penas aplicáveis dentre as cominadas" (CP, art. 59, I) e "a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos" (CP, art. 59, II).

Não se olvide, contudo, que esses dispositivos integram o sistema das penas.

A pena, como registrado, encerra ideologia. Além disso, só faz sentido se necessária.

As penas cominadas representam situações em que a sanção se faz necessária. Corresponde a hipótese normativa socialmente relevante.

O delito evidencia exigência histórica. A conduta, certo, é desvaliosa. O passar do tempo pode repercutir no tipo. Os usos e costumes, os valores, enfim, a história, porque projeta cultura, variam no tempo e no espaço. O crime de hoje, amanhã pode ser conduta irrelevante (materialmente considerado), não obstante a manutenção do tipo. Substancialmente, pode esvaziar-se. Situação excepcional, contudo, admissível.

O mesmo raciocínio é válido quanto ao agente do crime. Porque autor da infração penal, é censurado. A culpabilidade (reprovabilidade) enseja gradação. Mais intensa. Menos intensa.

O sistema penal, não obstante o esquema sancionatório, contempla casos de extinção da punibilidade; casos em que, formalmente, a sanção se faz desnecessária (Política Criminal).

Cobra-se, então, esta hipótese.

Ao juiz é facultado aplicar a pena abaixo do mínimo legal? No quadrante atrás delineado encontra-se a resposta.

A cominação mínima pensa reprovabilidade atenuada. Há evidente espaço entre esse grau de censurabilidade e a ausência de reprovabilidade. Neste caso, inexistirá a própria infração penal.

Coloca-se então a pergunta: se apesar de aplicação ao mínimo, a pena, dada excepcional circunstância (não é excludente de ilicitude, nem excludente de culpabilidade), recomendar sanção ainda mais mitigada, pode o juiz fixá-la em patamar 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. Inexiste, por isso, qualquer afronta ao princípio da individualização. Ao contrário, consagra a eficácia do próprio princípio. Ademais, deixa patente que os Poderes são independentes, contudo, harmônicos.

O legislador trabalha com o gênero. Da espécie cuida o magistrado. Só assim ter-se-á o Direito dinâmico e sensível à realidade. Impossível ser descrita em todos os pormenores por quem elabora a lei.

Não se trata de mero "preguismo". Ao contrário, realização de justiça material.

O Judiciário, com essa orientação realizará o Direito justo.

Costuma-se repetir: cada caso é um caso! A sabedoria popular é sensível às distinções.

Nessa linha, Legislativo e Judiciário completam-se. Se a lei se volta para um fim, não faz sentido, no momento da incidência, o aplicador desprezá-lo. Útil concluir, repetindo: a Justiça atribui a cada um o que é seu. A pena correta é direito do condenado. □

NOTA

1 In: *Direito Penale*. 9. ed. Podova: Cedam, 1976, p. 74.