

JÚRI – RELATIVIDADE ATUAL DE SUA SOBERANIA – Incumbe à Segunda Instância corrigir a decisão do júri, quanto às privilegiações, afeiçoando-a à prova. A redução da pena depende da real ocorrência do privilégio. Inversão das fases de individualização penal.

TUPINAMBÁ PINTO DE AZEVEDO
Promotor Público de Ijuí

A respeitável sentença apelada merece reforma, permanecendo intocável o veredicto condenatório. Ocorre que a retificação da pena basta para afeiçoar a decisão à prova e ao direito.

Senão, vejamos.

1. *DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA: privilegiação do delito.*

Corrente jurisprudencial significativa inadmitte recurso versando a privilegiação do delito de homicídio, por representar mera *accidentalitas delicti*.

Não versando o apelo sobre ponto principal da causa, inviável o conhecimento do recurso (RJTJRS 34/69, 50/86 e 55/86; RT 298/12).

Mesmo antes da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, tal entendimento não se pacificara. Veja-se a decisão adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, relator o Des. Humberto da Nova, não conhecendo de apelação estribada em motivo que fora objeto de apelação anterior (DANTAS DE FREITAS & RANGEL DE ALMEIDA. *Rep. de Jurisprudência*, v. 3, n.ºs 1.452 e 1.457). O primeiro apelo fundara-se em que, afastadas as *qualificadoras*, o júri contrariara a prova. No segundo, o acolhimento do *privilégio* igualmente teria afrontado a prova.

Vale dizer, o Tribunal conhecera e dera provimento a recurso que versava sobre qualificadora, e só não conheceu do segundo porque baseado no mesmo motivo (= mérito), nada aduzindo contra o cabimento de apelação fundada na privilegiação do crime.

1.1. Tendo a soberania do júri perdido *status* constitucional, criou-se situação. Dita soberania não é mais direito e garantia. É tão somente disposição de direito formal, passível de modificação e de interpretação extensiva.

A egrégia Câmara Criminal Especial já teve ocasião de ferir o tema, merecendo transcrição o seguinte trecho do acórdão: “Perdendo o *status* constitucional, a soberania do júri não é propriamente um princípio de autodeterminação decisória; é apenas, a esta altura, uma consequência dos limites de reapreciabilidade e revalorização estabelecidos na lei processual, que pode ser, a qualquer tempo, modificada. Com isso, a hermenêutica dos textos se faz menos rigorosa e pelo menos as ilações *praeter legem* se tornam mais viáveis. Assim sendo, filio-me aos que, a esta altura, admitem à segunda instância uma dimensão valorativa que pode alcançar as privilegiações e as qualificações incorporadas às condenações do júri”. (RJTJRS 52/82 – grifei)

1.2. Esse posicionamento coloca nova questão, qual seja a dos efeitos consequentes ao provimento do apelo. Decidindo pela injustiça da decisão que acatou o homicídio pri-

vilegiado deve o Tribunal *ad quem* cassar o veredicto do júri, mandando o réu a novo julgamento popular? Ou deve o próprio órgão julgador de segunda instância modificar a decisão apelada, arrimando-a à prova dos autos?

Parece fora de dúvida que a cassação do decidido pelo júri, remetendo o réu a novo julgamento, importa em invencível contradição: se o júri condenou, concedendo a privilegiação, e esta segunda opção afrontou a prova, é certo que a condenação foi justa. E então, o novo julgamento versaria somente acerca de minorante, *accidentalía delicti*. Ora, ou se devolve ao júri o exame global do fato delituoso, ou se sacrificará o direito e o bom senso em nome de um formalismo inexplicável.

Ante a relatividade atual da soberania do júri, nada mais correto que atribuir-se o próprio Tribunal o encargo de corrigir a decisão inferior, afastando aquilo que se mostrou manifestamente contrário à prova.

1.3. Vencida a premissa maior, há que examinar a prova.

Na própria palavra do réu, ora apelado, "*fazia umas duas semanas que o declarante e a vítima se haviam ajuntado (. . .); a vítima andava também com outros homens mas o declarante não sabe o nome destes homens, e também não conhece estes homens; (. . .) a vítima não quis deixar o declarante; (. . .) pediu para a vítima deixá-lo, mas ela não saía; (. . .) a vítima continuou lhe traindo e o declarante ficou com raiva e tomou umas cachacas; (. . .) no dia do fato o declarante conversou duas vezes com a vítima para que ela se comportasse, a qual lhe disse que não ia se comportar; então o declarante ficou com raiva, puxou da faca que portava na cintura e lhe tocou a faca por baixo da criança*". (Interrogatório, fls.)

Ora, inexistente provocação. Abandonando o marido para viver com o réu, E. trouxe consigo a filha mais nova, a quem dava de mamar. O ciúme doentio de J. M. leva-o a adquirir, na mesma tarde do crime, uma faca carneadeira (auto, fls.). Só depois de se armar é que foi ter com a mulher. A conversa que mantiveram era amigável, estando ambos sentados, E. dando o seio à criança. Tomavam chimarrão, e não houve qualquer discussão (depoimento de fls.).

A própria postura descuidada da vítima, indefesa, demonstra que dela não partiu provocação. E o ataque inopinado do réu, a compra anterior do facão — tudo está a demonstrar a premeditação. Como falar, pois, em violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima?

Se E. porventura "traiu" o amásio recente, quando do crime estava na companhia de pessoas respeitáveis. Onde a atualidade da provocação, para se falar em reação *logo após*?

Não houve homicídio privilegiado.

J. M. executou friamente a companhia, dando consumação ao plano adrede elaborado.

Não pode ter em seu prol a minorante do art. 121, § 1º, do Código Penal. A lei não protege aos pusilânimes.

2. ATENUANTE INAPLICÁVEL

Os mesmos argumentos, alinhados em relação ao recurso versando sobre a privilegiação do homicídio, renovam-se quanto à matéria da atenuante. É a mesma questão: o cabimento de recurso acerca da *accidentalía delicti*.

A atenuante do art. 48, § único, do Código Penal, não tem pertinência. Refere-se exclusivamente ao *concurso de agentes*. O *co-autor* quis participar de crime menos grave. (ANÍBAL BRUNO, *Comentários*, v. 2, p. 144).

Não há como agasalhar atenuante de tal feitio, cometido que foi o crime unicamente por J. M.. O obstáculo lógico é intransponível. A decisão aberra do possível. A única solução consiste em desconsiderá-la, na graduação da pena.

3. GRADUAÇÃO DA PENA

Ainda que os argumentos oferecidos não recebam acolhida, no que tange às questões de direito, deve o tema da *privilegação*, como da *atenuante*, repercutir na *gradação* da pena. Além disso, impõe-se a *correção* do cálculo da pena, como se verá.

3.1. A *privilegação* como problema de *gradação* da pena

Pela ordem, o tema *privilegio-pena*.

A sumária análise da prova demonstrou que não houve *provocação* da vítima, nem *imediatidade* na reação do apelado. Pergunta-se: se o júri *desgarrou* da prova, *contrariando-a*, estaria o Juiz Presidente do Tribunal popular adstrito ao *veredicto injusto*?

O Código Penal dispõe: “*Se o agente comete o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço*”.

O juiz *pode*. Uma faculdade judicial ou a *redução* da pena configura um direito subjetivo do acusado?

CARLOS MAXIMILIANO nega absolutismo às consequências práticas do vocábulo *pode*. E, geral dá idéia de ser o preceito em que se encontra, meramente *permissivo*, ou *diretório*, como se diz nos Estados Unidos. E *deve* indica uma regra *imperativa*. Nem sempre, todavia, as palavras podem ser entendidas em sua aceção ordinária. E MAXIMILIANO observa que o recurso ao processo sistemático e ao teleológico atinge, às vezes, resultado diverso do processo filológico de exegese: *desaparece* a antinomia verbal, *pode* assume as proporções e os efeitos de *deve*. (Aut. cit., *Hermenêutica e aplicação do Direito*).

É certo que a liberdade do juiz, diante de dispositivos que contêm a *permissão* do *pode* ou do *poderá*, revela-se muitas vezes aparente. Isso ocorre sempre que o pronunciamento judicial seja conseqüente a *condições* determinadas, ou onde haja *tipificação* de *pressupostos*.

Um exemplo torna mais clara a exposição: diz o § 2º do art. 408 Código de Processo Penal, que se o réu for primário e de bons antecedentes *poderá* o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.

A aparente faculdade deixada ao julgador choca-se com a verificação dos *pressupostos primariedade e bons antecedentes*. Presentes os mesmos, há direito subjetivo do acusado.

Pois bem. Quais os *pressupostos* ou requisitos para a *redução* da pena, postos no § 1º do art. 121 do Código Penal?

Só podem consistir na efetiva ocorrência da injusta *provocação*, *emoção* violenta do agente, e *imediatidade* na reação. É um problema fático, a ser extraído dos autos. A própria decisão dos jurados não obriga ao juiz, se *contrariada* a prova.

“O juiz *acata e respeita* o *veredicto soberano dos jurados*”, escreve FREDERICO MARQUES. E prossegue: “*Mas não diminui a pena, porque a lei o autoriza a proceder dessa forma*”. (Aut. cit., *Tratado de D. Penal*, v. 4).

O Tribunal de Justiça de Goiás assentou, reiteradamente, que a *redução* penal depende da real verificação do *privilegio*, ou seja, da ocorrência fática, emergente do conjunto probatório.

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO expõe a controvérsia: “*No regime do Código Penal vigente há dúvida quanto ao caráter obrigatório ou facultativo da redução da pena. No sentido de que a minoração da pena é facultativa, pronuncia-se a Exposição de Motivos (nº 20), mas tal interpretação não é pacífica, pois há os que entendem ser imperativa a redução da pena. Assim se pronunciou a Conferência de Desembargadores, reunida em 1943 (ANAIS, 247), sendo esta também a opinião de CUSTÓDIO DA SILVEIRA. Afirma-se que sendo este crime de competência do Tribunal do Júri, haveria violação da soberania*”

dos veredictos se o juiz deixasse de atenuar a pena, reconhecendo o Tribunal popular ter sido o crime praticado na hipótese do art. 121, § 1º, Código Penal. O argumento não impressiona, pois a função jurisdicional do júri deve exercer-se obrigatoriamente nos limites da lei, que na hipótese lhe confere poderes para afirmar ou negar a existência da circunstância atenuante especial dando, porém, ao juiz, a faculdade de considerá-la, ou não, na fixação da pena. Esta é a lição de N. HUNGRIA, v. 5, p. 139, e a orientação da jurisprudência (Jur. Criminal, n.ºs 262 e 294). O Código Penal de 1969, resolvendo as dúvidas, traz a rubrica: *minoração facultativa da pena.*" (Aut. cit., *Lições de Dir. Penal: P. Especial*, p. 53, v. 10).

O tema não tem sido objeto de apreciação nesse colendo Tribunal (cfr. RJTJGRS 4/88, 3/105, 9/122, 9/139, 10/109, 45/34, 39/87 e 68/76). Só encontramos referência expressa na RJTJGRS, 70/45.

Nestes termos, diante da prova, — existe uma única versão nos autos — deveria o douto julgador, usando da faculdade concedida pela lei, omitir qualquer redução da pena, por motivo de privilegiação do homicídio. O pressuposto da redução é a ocorrência fática do privilégio. Ausente este, não há como beneficiar o réu.

Considerada a minorante como simples circunstância modificativa da pena, como deve ser, o juízo *ad quem* deve adequar a decisão do júri à lei e à prova, sem que resulte qualquer ofensa à soberania do juízo popular.

3.b. *Incorreção na fixação da pena*

O último aspecto a ser analisado diz com a graduação da pena, quer desconsiderada a atenuante especial do art. 48, § único Código Penal, quer nos estritos termos do veredicto condenatório.

Examinando as circunstâncias judiciais entendeu o digno magistrado da instância *a quo*: réu primário e de bons antecedentes, sem periculosidade, dolo normal, circunstâncias emotivas comuns e conseqüências próprias do delito (fls.).

Mas (a) o réu é dado à bebida;

(b) não sendo vadio, nunca possuiu emprego fixo ou residência, vivendo a perambular;

(c) freqüentando a casa de A. de L., não honrou tal amizade, mantendo relações com a esposa deste, e afinal retirando-a do lar conjugal (A. de L. e E. possuíam SETE filhos, todos menores — fls.);

(d) o dolo foi intenso, como se comprova na declaração que fez, logo após o crime à testemunha V. G.: "como ela não o respeitava, ele *resolveu* matá-la" (fls.) e "fizera aquilo para ela respeitar o homem" (fls.). As providências prévias por ele adotadas, como a aquisição do facão, comprovam a intesidade dolosa;

(e) embora a vítima fosse adúltera, tendo abandonado seis filhos, não se pode esquecer que trazia consigo a menor M., em fase de amamentação. É circunstância ponderável na consideração das conseqüências do delito.

À luz desse quadro, não se podem dizer abonados os antecedentes do réu, do ponto de vista social; nem que sua personalidade seja ajustada à sociedade onde vivia.

Enfim, a pena-base não poderia ser fixada, como o foi, em apenas 7 anos (84 meses). A praxe tem se orientado na fixação de 8 anos (cfr., exemplificativamente, RJTJGRS 52/83 e 70/44).

O nobre prolator da sentença impugnada aplicou escalonadamente os diversos operadores: judiciais, legais, minorantes. Isso revela a adoção do chamado método progressivo de HUNGRIA. Logo, o segundo passo consistiria em considerar as circunstâncias legais.

Mas o privilégio, reconhecido ao arripio da prova pelo júri, foi desde logo objeto de aplicação, com o que resultou contrariada a ordem lógica (e legal) da graduação, tra-

zendo a pena aquém do mínimo ANTES DA INCIDÊNCIA DA ATENUANTE (4 anos e 6 meses).

Reduzida de 1/3, por obra de privilegiação, imediatamente houve nova redução na pena de 1/3 (atenuante especial, art. 48, § único, Código Penal), ficando a pena provisória em 3 anos e 2 meses (=38 meses). Para encerrar, incidiu no cálculo o concurso formal (acréscimo de 2/6), resultando a pena definitiva de 4 anos e 2 meses (50 meses).

Enfatize-se que tal pena foi aplicada, no caso, aos delitos de homicídio, privilegiado, e lesões corporais graves (com agravante de ser contra criança), em concurso formal. . .

Data venia, a pena definitiva divorciou-se do conveniente à espécie. Postula-se a retificação da pena, tomada a pena-base de oito anos. Incidente a atenuante, não podendo ultrapassar o mínimo abstratamente cominado, ter-se-ia o marco dos 6 anos (isto, logicamente, se desprezado o pedido de que se desconsidere, por inaplicável, a atenuante especial).

Convocada a minorante (homicídio privilegiado), a redução oscilaria entre 1/6 e 1/3, resultando algo entre 4 e 5 anos (reitere-se: tal cálculo viabilizado pela aceitação da efetiva ocorrência do privilégio).

Diante do concurso ideal, um acréscimo de 1/6 a 1/3, ficando a pena definitiva entre 5 anos e 8 meses e 6 anos e 6 meses. Parece-nos incabível o acréscimo mínimo (1/6) diante da agravante especificamente afirmada pelo júri: crime contra criança.

Conclusão:

(a) a pena definitiva, após retificada, não deve baixar de 6 anos, levados em conta o privilégio e a atenuante especial;

(b) afastadas as reduções decorrentes do privilégio e da atenuante especial — a primeira, por inexistente; a segunda, por logicamente incabível — não deve a pena baixar de 7 anos.

Ambos os caminhos levam ao que postulamos:

Justiça.

Ijuí, 5 de janeiro de 1979.