

ASPECTOS DA APLICAÇÃO DA PENA NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL

Francisco de Assis Toledo

1. Culpabilidade e pena. Antinomia entre o fato e o agente. 2. O *arbitrium judicis* no Código de 40. 3. O anteprojeto de 1981. 4. Exclusão da continuidade delitiva em crimes com violência à pessoa. Bens personalíssimos? 5. Conclusão.

1. No direito penal da culpabilidade, a pena criminal não só depende da culpa do agente como também deve medir-se pelo grau ou intensidade dessa culpa. Os problemas que essa afirmação implica não são poucos nem facilmente solucionáveis. É que as opiniões sobre o conteúdo e a essência da culpabilidade continuam controvertidas, não oferecendo perspectivas de um final pacífico.

Nessa área, o que mais se pode fazer é assinalar a tendência que se apresenta dominante em determinado momento histórico, no âmbito de uma certa cultura.

* Subprocurador geral da república

Em trabalho publicado na Enciclopédia Saraiva do Direito (v. "Culpabilidade de Autor"), escrevemos o seguinte:

"O direito penal moderno é, basicamente, um direito penal do fato. Está construído sobre o fato-do-agente e não sobre o agente-do-fato. Demonstra a veracidade dessa afirmação a estrutura da grande maioria dos tipos penais que, segundo as exigências do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, descrevem um modelo de conduta proibida e não um tipo criminológico de autor. As exceções são raras (rufianismo, vadiagem, etc.) e, pois, não infirmam a regra".

Nesse mesmo trabalho, após estudar as várias correntes que, em sentido contrário, procuram fundamentar a culpabilidade não no fato mas no que o "agente é", no seu modo de ser, na sua personalidade, acentuamos:

"Pode-se, pois, afirmar que a "salvação" do juízo de culpabilidade está precisamente na "culpa do ato" e não na *Lebensführungsschuld* (culpa pela condução de vida), em qualquer das suas modalidades, ou variações: "culpa do agente", "do caráter", ou "da personalidade" (*Täter-, Charakter-, Persönlichkeitsschuld*).

Seria, todavia, um erro oposto supor que a "culpabilidade do ato isolado" (*Einzeltatsschuld*) deva desconsiderar ou colocar totalmente entre parênteses a pessoa agente.

Jescheck ressalta a necessidade de se procurar compatibilizar ambas as concepções em luta, dando-se, não obstante, a prevalência para a culpabilidade do fato, a saber: "O núcleo do conceito de culpa só pode ser a culpabilidade pelo fato isolado. Todavia, o direito penal precisa frequentemente ter em conta a culpabilidade do agente. Por isso é que o nosso direito (refere-se o autor à reforma penal alemã) prescreveu, especialmente em três importantes dispositivos, se tome em consideração a "personalidade total" (*Gesamtpersönlichkeit*): uma vez, na dosimetria da pena...; outra, no regulamento da reincidência...; finalmente, ao punir o erro de proibição culposo (evitável) com a atenuação da pena do dolo. (*Lehrbuch*, 2ª ed., p. 317)."

Isso revela-nos que, na Europa Ocidental e entre os povos que recebem influência do pensamento nela dominante, predomina a idéia de culpabilidade construída sobre o que restou das escolas clássica e positiva: manipula-se, da primeira, um conceito abstrato de crime e, da segunda, reco-

lhe-se a preocupação com a pessoa do delinquente. Ora afasta-se dos postulados da escola clássica para considerar, em determinado momento, o agente com toda a sua carga bio-psíquico-social; ora distancia-se dos princípios da escola positiva para apoiar-se, em instante anterior, numa abstração de que não se desvincula jamais — o fato isolado do agente, ou melhor, o crime cometido.

Embora essa colocação possa parecer contraditória, resulta ela de uma necessidade prática inarredável: de um lado, quer-se assegurar a função de garantia do tipo legal de crime, de sorte que ninguém sofra punição não prevista em lei ou desproporcionada ao fato cometido, isoladamente considerado; de outro, pretende-se extrair consequências de uma realidade, de há muito revelada, e assim descrita por Radbruch: "A vida e o homem não são formados por atos isolados, como o mar não é formado pelas diferentes vagas que o percorrem. Uma e outra coisa são, pelo contrário, totalidades, e as suas diferentes ações ou aspectos não passam de movimentos dum todo uno e indivisível que reciprocamente se compenetram". (*Filosofia do Direito*, trad. portuguesa, p. 211).

Para que o direito penal não fique condenado a "só poder ver as árvores e jamais a floresta", torna-se, pois, inafastável ter que abrigar em seu interior esta antinomia: deve operar com o fato isolado do agente (a figura abstrata do crime) mas não pode, igualmente, esquecer a realidade concreta do próprio agente. A primeira exigência uniformiza, no tipo, um número indeterminado de condutas ilícitas, erigidas em espécies de certo gênero; a segunda realça a profunda desigualdade existente entre os crimes da vida real, embora da mesma espécie ou aparentemente idênticos. Isso conduz ao seguinte: todos os fatos que possam classificar-se como homicídio simples serão o crime do art. 121 do CP, mas nenhum deles, mesmo nessa hipótese, será idêntico ao outro, pois estará irremediavelmente marcado pelas peculiaridades inerentes ao agente que o realizou.

Dessa antinomia insuperável, decorrem importantes consequências para o direito penal que, para ser uma verdadeira ciência prática (ciência do justo e do injusto), precisa pautar-se por um princípio de equidade, necessita procurar dar a cada um o que é seu. Uma condenação estereotipada, ou seja, pena igual para agentes diferentes, pode não corresponder a um ideal de justiça. Exemplifique-se: se dois criminosos participam, em autoria, do mesmo fato, um de bom comportamento mas induzido por circunstâncias imponderáveis, outro de péssimos antecedentes, verdadeiro profissional do crime, não será justo puni-los de forma igual, embora o crime, o fato típico realizado, possa ser o mesmo. Mas também não se deve deixar de puni-los só pelo crime que praticaram e dentro dos limites previstos em lei.

A pena criminal deve, portanto, estar ajustada, a um só tempo, ao fato e ao agente. A garantia de que nenhum dos agentes será punido de modo arbitrário e desproporcionado está na abstração de um fato típico a que se vinculam determinadas sanções; a diferença que dará a medida de justiça das condenações desiguais para o mesmo fato está nos agentes, cada um com sua personalidade, com sua conduta de vida, com sua maior ou menor capacidade de aceitação das regras dominantes no meio social e comunitário.

Daí a importância de que se reveste, no âmbito da justiça criminal, o momento da aplicação da pena, posto em destaque no Código Penal como um de seus tormentosos capítulos.

2. O legislador pátrio, no Código de 40, abolindo rígidos critérios da legislação anterior, orientou-se corretamente ao regular o momento da aplicação da pena, com ampliação do *arbitrium judicis*, delegando ao juiz o poder de individualizar a pena tendo em vista o fato e a pessoa do condenado. É o que está esclarecido nesta passagem da exposição de motivos do Ministro Francisco Campos:

“...Neste particular, o projeto assume um sentido marcadamente *individualizador*. O juiz, ao fixar a pena, não deve ter em conta somente o fato criminoso, nas suas circunstâncias objetivas e consequências, mas também o delinquente, a sua *personalidade*, seus antecedentes, a intensidade do dolo ou grau da culpa e os motivos determinantes (art. 42). O réu terá de ser apreciado através de todos os fatores, endógenos e exógenos, de sua individualidade moral e da maior ou menor intensidade da sua *mens rea* ou da sua maior ou menor desatenção à disciplina social...”

(Item 24).

Não obstante, preso às concepções da época, não ousou esse mesmo legislador desvincular-se totalmente de um rígido critério legalista ao estabelecer a presunção de periculosidade, em certos casos, com a consequente imposição quase sempre automática de medida de segurança. O que, anulando o arbítrio judicial, invalida, em grande parte, o “sentido individualizador” a que se refere o então Ministro da Justiça. Por outro lado, a possibilidade de uma justa individualização, referida à conduta ético-social e à personalidade do agente, permaneceu muito limitada e comprometida, no estatuto penal vigente, diante de um elenco estreito e inflexível de penas, vinculado ao tipo legal de crime, que não deixa margem a opções, além da quantificação entre o mínimo e o máximo fixados.

Assim, por exemplo, na condenação por crime de estelionato, só resta ao juiz a tarefa de concretizar a pena dentro dos limites estabelecidos no art. 171 do CP.

O resultado desse mecanicismo deu como subprodutos, de um lado, absolvições injustificadas, para afastar o rigorismo legal; de outro, uma profusão de condenações a penas privativas de liberdade nem sempre necessárias, para desespero da administração de nossos estabelecimentos prisionais já superlotados.

A aplicação da pena, no Código de 40, padece, portanto, de graves males. A ampliação da suspensão condicional, introduzida no sistema pela Lei 6.416/77, não pode reputar-se uma solução, já que no Brasil o instituto do "sursis", tal como vem sendo utilizado na prática judiciária, não se tem revelado satisfatório ou, pelo menos, suficiente. Não obstante, forçoso é reconhecer que os males de que padece, entre nós, a aplicação da pena encontram sua causa imediata menos nas regras estabelecidas nos arts. 42 a 56 do que na estrutura pouco engenhosa do próprio sistema de penas adotado pelo Código, que não dá ao juiz ensejo para exercer o amplo arbítrio que, nesse mesmo Código, se lhe quis conferir. Deu-se-lhe o poder de escolher, mas pouco ou quase nada o que escolher.

3. Dentro desse quadro, qualquer reforma penal que pretendesse realmente ampliar o *arbitrium judicis*, para assumir um "sentido marcadamente individualizador", deveria preocupar-se menos com as regras sobre a aplicação da pena, que podem ser reputadas boas, do que com o próprio elenco tradicional das penas, neste introduzindo modificações substanciais.

Essa a razão pela qual a Comissão incumbida de elaborar o anteprojeto de reforma da Parte Geral, após instituir um inteiramente novo e bem mais flexível sistema de penas, não encontrou muito o que inovar no Cap. III (art. 59 a 76) do anteprojeto, que reproduz, com algumas alterações, a maior parte das regras contidas no Cap. II, Tít. V (art. 42 a 56), do Código vigente.

A grande novidade do anteprojeto, nesse particular, consiste, pois, na projeção que necessariamente terão sobre o capítulo da aplicação da pena as normas e os princípios da nova Parte Geral como um todo, oferecendo ao juiz criminal gama bem mais extensa e variada de opções. O resultado imediato dessa projeção será a renovada eficácia que irão adquirir nos dispositivos dos arts. 42 a 56 do velho estatuto penal.

Assim, tomando o mesmo exemplo inicial do estelionato, teremos, diante do anteprojeto, na hipótese de reparação do dano (art. 16), as seguintes possibilidades:

- a) condenação às penas cominadas, nos moldes tradicionais, se tanto for exigido pelas circunstâncias do fato e pelas peculiaridades e antecedentes do agente;
- b) redução dessas penas de um a dois terços, se for essa a melhor solução;
- c) aplicação somente da pena de multa-penitenciária, caso se repute isso suficiente;
- d) aplicação de penas restritivas de direitos, cumuladas ou não com multa, se assim se entender necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

O que, no sistema vigente, peca por um rígido automatismo, no do anteprojeto abre-se em leque com uma variada possibilidade de escolha e de combinações, permitindo ao juiz ajustar a condenação não a uma imagem abstrata de criminoso mas a este indivíduo, nesta situação, com seus problemas, virtudes e defeitos.

Exsurge, pois, no direito penal brasileiro, pela primeira vez, um verdadeiro sentido individualizador da pena que se inspira não só no fato criminoso, isoladamente considerado, mas também em todo um complexo de fatores característicos do agente desse fato, definidores de uma determinada pena criminal para o caso concreto. A composição da lide, no âmbito processual penal, assume renovado aspecto substancial: o Estado exerce sua pretensão punitiva; o agente do crime sofre a censura que merece por uma ação ou omissão que não se desliga de uma certa conduta de vida; a vítima fica atendida em sua justa pretensão de ver seu patrimônio reconstruído. Enfim, o equilíbrio da ordem jurídica se restabelece.

Não se deve, portanto, examinar o anteprojeto de 1981 em suas partes isoladas, sob pena de não se atingir o novo significado que nele adquiriram normas que só na aparência permaneceram idênticas as do estatuto de 1940. Uma demonstração disso pode ser obtida através do exame do tratamento dado ao crime continuado.

4. O art. 51, §2º, do Código de 40 foi reproduzido integralmente no art. 71 do anteprojeto. A novidade está no parágrafo único deste último, redigido como segue: "Não se reconhece crime continuado na hipótese dos delitos previstos nos artigos 121, 157, 158, 159, seus parágrafos, e 213."

O objetivo dessa ressalva foi excluir o benefício da pena única, decorrente do reconhecimento da continuidade delitiva, em certos crimes cometidos com grave ameaça ou violência à pessoa, que infestam presentemente os centros urbanos. Mitigam todavia, esse preceito as normas dos arts. 75, §§, e 83.

Tal providência tornou-se necessária diante da extinção da medida de segurança para o imputável e de outras inovações adotadas pela reforma.

Dentre os que têm endereçado críticas a essa inovação, uns concordam, em princípio, com a orientação do anteprojeto mas sugerem que, em vez do casuísmo adotado, se excluam genericamente os crimes que ofendem "bens personalíssimos". Outros, mais radicais, preferem o Código de 40, sugerindo, pura e simplesmente, a supressão do parágrafo em exame.

Reconhecemos que a redação do parágrafo do art. 71 pode não estar perfeita, principalmente no que diz respeito ao rol de crimes nele inserido. É muito provável que a Comissão, na revisão final, venha, com meu apoio, a reformular esse rol, além de permitir a continuidade quando a vítima for a mesma. Não obstante, defendemos, em princípio, a orientação do anteprojeto, quanto à inclusão dessa ressalva, por duas razões de ordem prática.

Primeira. O conceito de "bem jurídico personalíssimo", adotado pela doutrina e jurisprudência alemãs, não nos parece satisfatório, diante da experiência brasileira. Alcançaria, por exemplo, os crimes contra a honra (injúria, difamação e calúnia) e deixaria de abranger o crime de roubo, conforme tem admitido nossa jurisprudência. Se a continuidade delitiva visa evitar as consequências indesejáveis da soma de penas, no caso de várias ações criminosas, não vemos razão para que isso se faça com o roubo à mão armada e não no caso de uma série de ofensas à honra contra vítimas diferentes. A ser assim, uma dúzia de palavras impensadas poderão acarretar condenação mais elevada do que uma série de roubos gravíssimos. Será isso razoavelmente aceitável?

Por outro lado, trata-se de uma expressão pouco precisa e discutível, pois, conforme notou Welzel, na lesão de bens jurídicos personalíssimos há sempre e ao mesmo tempo uma lesão à coletividade (*Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., p. 228), o que lhes retira o caráter de "personalíssimos".

Segunda. A supressão do parágrafo do anteprojeto, com a consequente manutenção do texto do Código de 40, não resolve o problema que já existe, de fato e de direito, em nossa jurisprudência, apesar do texto do Código de 40.

É muito conhecida a celeuma que se estabeleceu, entre nós, a respeito da continuidade delitiva em crimes de homicídios, lesões corporais, estupro, roubo e outros. Predomina, presentemente, na jurisprudência do Supremo Tribunal a seguinte orientação ou tendência:

- a) não se admite crime continuado em delitos de homicídio (RTJ 94/929, 95/424);
- b) idem, em delitos de lesões corporais contra vítimas diferentes (RECr. 89.085);

- c) *idem*, em delitos de estupro e atentado violento ao pudor, *idem* de roubo (RTJ 91/1358);
- d) admite-se crime continuado em delitos de roubo (RTJ 91/938) contra vítimas diferentes.

Sendo o roubo um delito complexo, que envolve lesões corporais ou grave ameaça à vida ou a integridade física da vítima (bens personalíssimos), não vemos como se possa construir alguma doutrina sobre a orientação jurisprudencial que aí está e se erigiu precisamente sobre o texto do Código vigente. A orientação adotada no anteprojeto só implicará, em relação ao que já existe, na exclusão também do crime de roubo, do que resultará poder-se afirmar — se isso ocorrer — que, no direito brasileiro, não será admitida a ficção da continuidade delitiva para certos crimes, expressos em lei, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, salvo quando se trate da mesma vítima.

A fundamentação dessa nova orientação pode ser encontrada na mesma de Política Criminal que deu origem à criação do crime continuado. Com efeito, a figura do crime continuado é uma ficção elaborada pelos práticos da Idade Média para evitar o exagero da pena de morte a quem tivesse cometido três furtos, ainda que de pequeno valor. (Bettiol, *Diritto Penale*, 9ª ed., p. 608). No Brasil, a extensão da continuidade delitiva ao crime de roubo encontraria explicação, ao que tudo indica, no esforço para evitar uma espécie de ilegal condenação à prisão perpétua, pois a isso conduzem, indiretamente, as inúmeras condenações medidas de segurança, aplicadas ao ladrão profissional, apesar da proibição de prisão perpétua contida no art. 153, § 11, da Constituição. O anteprojeto, porém, corrige essa anomalia do sistema, por outra via, através de medidas mais simples e diretas, a saber:

- a) extingue a medida de segurança para o imputável;
- b) unifica em, no máximo, trinta anos todas as penas aplicadas ao mesmo agente (art. 75 e §§);
- c) admite o livramento condicional, após cumprimento de metade da pena unificada (art. 83, II);
- d) submete a execução da pena a regimes progressivos (fechado, semi-aberto e aberto), a serem percorridos pelo condenado, em função de seu próprio mérito.

Diante de tais benefícios, que dão efetividade à proibição constitucional de prisão perpétua e que permitem ao condenado a pena máxima, se fizer jus, adquirir a liberdade em quinze anos, a mesma razão prática de Política Criminal que pesou para a construção da continuidade delitiva, atua, agora em sentido inverso, para a parcial aplicação dessa ficção, com o propósito de evitar que perigosos delinquentes, autores de vários roubos à mão armada, sejam automaticamente postos em liberdade, sem estarem aptos

para tanto, com pouco mais de três anos de prisão. O que é, também, um exagero.

Examine-se o seguinte exemplo.

Tício comete dez crimes de roubo à mão armada, no espaço de três dias, na cidade de São Paulo (fato muito comum), contra vítimas diferentes, empregando sempre o mesmo *modus operandi*.

No sistema do Código de 40 e de acordo com a jurisprudência dominante, poderá sofrer por todos esses delitos gravíssimos a pena de, no mínimo, 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão (4 anos, mais um terço, mais um sexto). Como, entretanto, é previsível, na hipótese, a imposição de medida de segurança detentiva de, no mínimo, dois anos, a privação da liberdade de Tício, embora estabelecida em oito anos e alguns meses, poderá perpetuar-se, se os exames de cessação de periculosidade apresentarem resultados desfavoráveis. Tício poderá ficar preso durante 9, 12, 15 anos, ou até indefinidamente.

No sistema do anteprojeto, nesse mesmo exemplo, a pena unificada de Tício será de, *no máximo*, trinta anos, com possibilidade de livramento condicional depois de quinze anos. E não se perpetuará jamais, dada a inexistência de medida de segurança.

Se, todavia, extirpamos do anteprojeto o parágrafo único do art. 71, Tício, mesmo condenado por dez assaltos à mão armada, poderá adquirir a liberdade com pouco mais de três anos ou, automaticamente, depois de cumprir seis anos, dois meses e vinte dias. O que nos parece desaconselhável para um profissional do crime violento, provavelmente irrecuperável ou de difícil recuperação.

A Política Criminal opera, agora, não mais para evitar a força após o terceiro furto ou para evitar a prisão perpétua depois de uma série de roubos — coisas já solucionadas — mas, em evidente sentido inverso, para impedir que um delinquente profissional retorne prematuramente para a comunidade dos homens livres a fim de cometer novos crimes, quiçá ainda mais graves.

O que foi dito demonstra que, no anteprojeto de 1981, o crime continuado não pode ser visto de modo isolado, com abstração das demais inovações que sobre ele repercutem diretamente, como se estivéssemos acrescentando, pura e simplesmente, um parágrafo (o do art. 71) ao dispositivo do art. 51 do Código de 40.

É necessário — repita-se — examinar as inovações do anteprojeto, bem como os artigos do Código de 40 nele reproduzidos, com uma nova ótica, isto é, como algo novo que, em um sistema totalmente diferente, só pode adquirir significado muito diverso daquele que tinha no Código reformado.

Do contrário, correr-se-á o risco de surpresas e de perplexidades na aplicação prática da nova lei penal, se a reforma em estudo vier a merecer a esperada aprovação do Executivo e do Legislativo.

A tarefa de reforma de um código exige esse esforço imaginativo, para evitar tais surpresas e perplexidades futuras.

5. Em conclusão: no capítulo da aplicação da pena, o anteprojeto contém não muitas alterações. Trata-se, todavia, de um capítulo que, no contexto da Parte Geral, adquire vigor e sentido inteiramente diversos daqueles que possuía no estatuto penal reformado. Suas mais importantes inovações resultam, antes e principalmente, da modificação do mecanismo interno de atuação das normas que o compõem, por efeito de incidência da reforma como um todo, com a institucionalização de um sistema essencialmente diferente do anterior.

Quem não perceber isso, quem pretender ler os dispositivos do anteprojeto com o mesmo pensamento formado em quarenta anos de repetidas leituras do Código de 40, esse, certamente, não terá ainda compreendido a velha lição de Celso, segundo a qual "*scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac postetatem*". (Digesto, I, 3, 17).