

DAS PENAS NA FASE DE SUA APLICAÇÃO, SEGUNDO O CÓDIGO PENAL DE 1969

Prof. JAIR LEONARDO LOPES, Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Muitos já terão dito, em circunstância semelhante e nas mais diversas ocasiões, da honra insigne de se encontrarem neste verdadeiro templo da cultura jurídica nacional, mas, mesmo assim, ninguém se dispensa de redizê-lo, porque não há quem, depois de passar entre seus austeros umbrais, consiga evitar as mais profundas emoções, contemplando as relíquias aqui guardadas, evocadoras de numes tutelares do Direito, que se vêm confundir com os atuais mestres desta Casa na inteligência e no saber jurídico.

Foi-me proposto, pelos eminentes organizadores deste Congresso, o tema "Das Penas na fase de sua aplicação, segundo o Código Penal de 1969".

A orientação, que me foi transmitida, por carta, pelo ilustre amigo e Coordenador Científico do conclave — o preclaro Mestre MANOEL PEDRO PIMENTEL — foi a de que se pretendia "enfocar o mecanismo de aplicação da pena no novo Código, especialmente quanto à apenação do criminoso habitual e por tendência, salientando ainda os aspectos relativos à periculosidade para efeito de destinação do sentenciado, etc."

Em se tratando da aplicação de pena, há de se ter, como ponto de partida, a obrigatoriedade de sua **individualização**, que é a técnica de adequação da pena à personalidade do delinqüente, na tentativa de evitar uma nova prática criminosa.

Segundo dizia JIMENEZ DE ASUA, e é do conhecimento de todos, “como um ser não é nunca idêntico ao outro, nem em seu aspecto físico, nem em seu aspecto moral, não será possível medir todos os que hajam cometido um mesmo crime com uma mesma pena, pois haverá quem, pelas circunstâncias de sua educação e seu temperamento e etc., tarde menos a corrigir-se do que outro e necessite um tratamento menos duro”. Na seqüência deste raciocínio, ASUA chegou à “sentença indeterminada” ou ao “sistema de penas determinadas a posteriori”.

Fugiria ao âmbito fixado para nossa exposição apreciar a conveniência daquele sistema, sendo certo, como o reconhecia o própria ASUA, que a objeção mais corrente e séria a ele oposta é a da necessidade de garantia da liberdade individual, a exigir a prévia cominação legal da pena para cada delito, restringindo o arbítrio judicial.

Lendo-se, apenas, a parte especial do Código Penal de 1969 têm-se a impressão de que, em alguns casos, tenha sido adotada a pena “absolutamente indeterminada” no seu “mínimo”, quando, na cominação legal, como, por exemplo, no artigo 131, § 1º, consta: “Pena-reclusão, ATÉ cinco anos”. Porém, no art. 37, § 1º, foram fixados os mínimos genéricos, que são, como se sabe, de “um ano” para reclusão e de “quinze dias” para a detenção.

Mesmo no caso do criminoso habitual ou por tendência, embora se diga que a pena será imposta por tempo indeterminado (art. 64), tal indeterminação é relativa, como é reconhecido na própria Exposição de Motivos (item 26), pois, de fato, no § 1º, do art. 64, se estabelece que “a duração da pena indeterminada não pode exceder a dez anos, após o cumprimento da pena fixada na sentença”.

Como escreveu ANIBAL BRUNO, “a pena absolutamente indeterminada deixaria demasiado arbítrio ao julgador com prejuízo da necessária garantia dos direitos individuais, e, dentro dos princípios que inspiram o Direito Penal vigente,

enfraqueceria sua função intimidante e a relativa equivalência que o sistema exige seja estabelecida, desde o início, entre ela e o tipo em que se define o crime”.

Por outro lado, a pena absolutamente determinada, que surgiu como reação do Iluminismo à tirania dos juizes medievais, redundou em um sistema de penas, prefixadas em graus, como se todos os réus fossem, na irônica referência de HUNGRIA, “modelos de fábrica” aos quais a pena devesse ser aplicada “em série”...

O Código Penal de 69 manteve, no particular, o sistema do Código vigente — de relativa indeterminação — cominando-se um “mínimo” e um “máximo” a cada tipo, competindo ao juiz a grave atribuição de fazer a “individualização” da pena, que é imperativo da norma do § 13, do art. 153, da Constituição da República.

A individualização, na fase judicial, deve começar pela fixação da “pena base”, porque somente quando se fixa, previamente, a “pena base”, à pura e simples consideração das circunstâncias chamadas judiciais, para, depois, agravá-la ou atenuá-la, é que se pode garantir que uma determinada circunstância, agravante ou atenuante, fora levada em conta na aplicação da pena. Do mesmo modo, somente assim fica claro que se computou esta ou aquela causa de aumento ou diminuição, acrescentando-se ou diminuindo-se a pena, depois de agravada ou atenuada.

Por isso, no Código Penal de 69, procurou-se tornar explícito o conceito de pena base, como sendo aquela que o Juiz aplicaria se não houvesse “circunstância ou causa” de aumento ou diminuição. O acréscimo do termo “circunstância”, que não constava do art. 50 do Código Vigente, visou, naturalmente, deixar claro que, na fixação da pena base, não devem ser consideradas as agravantes e atenuantes que, segundo o novo Código, não se situam, apenas, na Parte Geral, mas estão, também, na parte especial.

Contudo, ainda pode haver margem a dúvidas, diante da variada nomenclatura, empregada pelo legislador de 69, que denomina, expressamente, como “circunstâncias”, as dos arts. 56 e 58, havendo apostado a rubrica de “aumento ou diminuição de pena” a disposições da Parte Especial nas quais foi previsto o “quantum” a ser aumentado ou diminuído (arts. 120, §4º; 130, §2º; 132, parágrafo único; 137, § 2º; 154, § 1º; 158, § 2º; 165, § 1º; 207, 233; parágrafo único; 234, parágrafo único; 240, parágrafo único; 241, parágrafo único; 245, 249, 266, parágrafo único; 294, parágrafo único; 318, parágrafo único; 321, parágrafo único; 344, § 1º; 353, §§ 1º e 2º; 370, parágrafo único; 371, parágrafo único; 372, § 3º; 379, § 1º; 380, parágrafo único; 387, parágrafo único; e 398, parágrafo único); mas, também, se encontram, na Parte Especial, as rubricas “minoração facultativa de pena” (art. 120, § 1º) e “redução de pena” (art. 122, § 3º) e até a genérica rubrica “agravantes”, no artigo 145, a qual está, inclusive, ao lado de uma norma de expresso “aumento de pena”; finalmente, a rubrica marginal “agravação de pena” é, largamente, utilizada, acostada a determinadas normas, das quais não consta o “quantum” da agravação, porém, no art. 59 está previsto que, quando a lei determina a agravação ou atenuação, sem mencionar o seu “quantum”, deve o juiz fixá-lo entre $1/5$ e $1/3$, guardados os limites da pena cominada ao crime (art. 122, § 1º; 135, § 3º; 147, parágrafo único; 183, § 2º; 194, § 3º; 258, parágrafo único; 276, § 1º; 277, § 2º; 297, parágrafo único; 326, 331 e 376, § 1º).

Como se vê, houve um completo tumulto na terminologia em prejuízo da clareza do sistema. Nem seria necessário o emprego da rubrica “agravação ou atenuação” para hipóteses que são equivalentes a causas especiais de aumento ou diminuição, nos limites de “um quinto e um terço”, como expresso no citado artigo 59. É certo que elas se distinguem em que “a agravação ou atenuação” deve guardar os limites da pena cominada ao crime, enquanto a causa de aumento ou diminuição pode ultrapassar aqueles limites.

Portanto, o que fez o legislador foi criar, na parte especial, circunstâncias agravantes e atenuantes especiais, adequadas a determinados crimes. Melhor seria adotar-se unidade e uniformidade de nomenclatura, que facilitaria a aplicação do sistema, mantendo-se a nomenclatura com a qual a doutrina e a jurisprudência nacionais já estão afeitas. Para os casos chamados de “agravação ou atenuação”, a rubrica seria “aumento ou diminuição”, e, no texto, não se estabeleceria o “quantum”, dispondo-se no art. 59, que, quando a lei não determina o “quantum” do aumento ou diminuição, deve o juiz fixá-lo, entre um quinto e um terço, guardados os limites das penas cominadas ao crime.

Assim, não se limitaria o poder discricionário do juiz, quanto às agravantes e atenuantes propriamente ditas, que continuariam a ser as da Parte Geral, nada convencendo da necessidade de fixar limites ao “quantum” das mesmas, especialmente no tocante ao seu mínimo.

Segundo o novo Código, tendo-se em vista o conceito de pena base (art. 63), para sua fixação devem ser consideradas como — “circunstância ou causa” — todas as hipóteses de “agravação”, “minoração”, “redução”, e “aumento ou diminuição” de pena propriamente dito, as quais deverão ser excluídas no momento da fixação da pena-base.

Assim estabelecido, o juiz fixará a pena base atendendo ao disposto no art. 52, do Código de 69. Neste artigo, foram introduzidas novas circunstâncias, a saber: “a gravidade do crime praticado”, “a menor ou maior extensão do dano ou perigo de dano”, “os meios empregados”, “o modo de execução”, “as circunstâncias de tempo e lugar”, “a atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime”.

A Exposição de Motivos não diz o “porque” das inovações. O Anteprojeto HUNGRIA mandava atender a circunstâncias outras, excluindo a natureza da motivação e colocando, ao lado dos antecedentes do réu, “sua maior ou menor periculosidade ou capacidade para delinquir”, “meio social em que vive” etc. (art. 50).

Pode-se dizer que há, pois, um certo arbítrio na elaboração dos critérios para a fixação da pena base. Dir-se-á que o Código de 69 proporcionou ao juiz mais elementos para a mensuração da pena base. Tenho como discutível este juízo. Entendo que o texto é redundante e pode ensejar o "bis in idem" pela consideração, mais de uma vez, da mesma circunstância, isto é, na fase da fixação da pena base e na fase posterior.

A gravidade do crime praticado tem como um dos seus critérios de avaliação "a menor ou maior extensão do dano ou perigo de dano", pelo que não me parece muito conveniente mencionar as duas circunstâncias. Nem mesmo fazer alusão às "conseqüências do crime", tal qual no Código anterior.

Além do mais, a gravidade do crime, a meu ver, é considerada naquela fase que o eminente Prof. BASILEU GARCIA, em suas "Instituições", denomina de fase "legal ou jurídica" da individualização da pena e que o emérito ANIBAL BRUNO conceitua como "o momento da cominação ou legislativo" do dinamismo da pena, acrescentando "desde logo na lei a gravidade da pena se altera conforme o valor que a ordem de Direito atribui ao bem jurídico protegido, isto é, acompanhando a hierarquia de valores que a própria lei estabelece".

Assim, considerar-se, na oportunidade da fixação da pena base, a gravidade do crime ou a extensão do dano ou perigo de dano é incorrer em um "bis in idem" na individualização da pena que, como explica o Prof. BASILEU GARCIA, desdobra-se em três aspectos, dentre os quais o legal, pelo que, para nós, quando uma circunstância é levada em conta no momento da "cominação legal da pena", não deve ser, de novo, considerada "no momento de sua aplicação". Já vi sentença em que o juiz, condenando por homicídio um réu, julgado pelo juri, para elevar a pena, atendia, enfática e ridiculamente, a que foram graves as conseqüências do crime, porque houve a morte de um homem... Ora, é exatamente em razão da natureza do resultado — morte — que a pena,

cominada ao crime, é de “reclusão” e, mesmo na forma simples, o seu “mínimo” é de seis e o “máximo” de vinte anos. Com efeito, a extensão do dano ou perigo de dano e a gravidade do crime se refletem na severidade da pena cominada, que leva em conta a importância do bem jurídico protegido.

Por outro lado, a meu ver, “os meios empregados”, “o modo de execução” e as “circunstâncias de tempo e lugar”, quando relevantes, são, em regra, objeto do tipo, como parte de seus elementos descritivos. Assim, no homicídio, que se qualifica pela natureza dos meios empregados e do modo de execução, sendo que o lugar e o tempo, se escolhidos para a prática do crime, merecem atenção quando tornam o modo de execução “insidioso”, dificultando ou impossibilitando a defesa da vítima.

No abandono de pessoa (art. 135 do Código de 69), a circunstância do lugar “ermo” é tomada pelo legislador como circunstância de “agravação” (art. 135, § 3º, nº I) e, no crime de furto, a circunstância de tempo — “prática do crime durante a noite” — torna o furto qualificado (art. 164, § 4º). Na violação de domicílio, as circunstâncias de tempo e lugar — da prática do crime à noite ou em lugar ermo e o emprego de violência — constituem forma qualificada. Nestes exemplos se vê, como em muitos outros, que a natureza dos meios empregados e o modo de execução, bem como as circunstâncias de tempo e lugar, quando suscitam maior reprovação, já foram considerados na elaboração do tipo, de modo implícito ou explícito.

Mas, quando não integram o tipo, tais circunstâncias fazem parte da casuística do art. 56, pelo que são consideradas na cominação da pena ao tipo ou serão circunstâncias de posterior agravação da pena base, não devendo influir na fase anterior de fixação desta mesma pena.

A nova Parte Geral do Código Penal Alemão contém uma disposição genérica segundo a qual o juiz, para medida da pena, ponderará, comparando “as circunstâncias que são

favoráveis e desfavoráveis ao agente”, mas, segundo o texto do artigo 46, deverá interessar-se, particularmente, por circunstâncias que, no meu entender, são de caráter eminentemente **subjetivo**, não havendo, ali, alusão à extensão do dano ou perigo de dano e muito menos à gravidade do crime, ou aos meios empregados, embora conste referência ao “modo de execução”; porém, no parágrafo 3º, do citado artigo 46, ressaltou-se que “não podem ser consideradas circunstâncias que já são características da tipicidade legal” (tradução de LAURO DE ALMEIDA, S. Paulo, 1974).

É de ver-se que, ao enumerar as circunstâncias agravantes, no art. 56, o legislador de 69, tal como o de 1940, no art. 44, fez questão de ressaltar que elas sempre agravam a pena “quando não integrantes ou qualificativas do crime”; pois bem, quanto às circunstâncias judiciais do art. 52, mormente quando tantas, de **caráter objetivo**, foram adotadas, outro não há de ser o entendimento, senão o de que aquelas já constantes do tipo, ou da casuística do art. 56, não deverão ser levadas em conta para a fixação da pena base.

O que se deve sempre considerar, na medida da pena base, é a personalidade do réu, a intensidade do dolo ou grau de culpa, seus antecedentes, sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime, e os motivos determinantes, quando não constituam circunstância expressa de definição ou agravação do crime. Deste modo, das inovações introduzidas no art. 52, a única que me parece relevante é a concernente ao comportamento do réu após o crime, que pode revelar o seu grau de insensibilidade ou o seu arrependimento.

Seja como for, na técnica da aplicação da pena cumpre, preliminarmente, fixar, entre o mínimo e o máximo, cominados ao crime, a pena-base, à luz dos critérios do art. 52, sem considerar as causas de aumento ou diminuição e as circunstâncias **JÁ CONSTANTES DO TIPO OU DA CASUÍSTICA LEGAL** dos arts. 56 e 58, as quais, depois, incidirão sobre o “quantum” fixado para a pena-base.

Mas, como é sabido, ao juiz não é lícito limitar-se à pura e simples reprodução das palavras contidas no art. 52: deve ele reportar-se às provas constantes dos autos para indicar cada circunstâncias considerada na aplicação da pena.

Aliás, o Código de 69 tornou explícita a exigência de que “na sentença devem ser expressamente referidos os fundamentos da medida da pena” (art. 55). E, na Exposição de Motivos, em consonância com a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, chamou-se a atenção para o fato de que “não basta a simples referência aos critérios genéricos estabelecidos no art. 52 do projeto”, acrescentando-se: “Não só a pena aplicada acima do mínimo deve ser fundamentada. Se a lei amplia o poder discricionário do juiz na aplicação da pena, exige-lhe, em contrapartida, a fundamentação do exercício desse poder, como elemento essencial de garantia para o réu” (vide item 22).

Por sua vez, o Anteprojeto de Código de Processo Penal, de autoria do eminente Prof. FREDERICO MARQUES, estabelece como **requisito essencial** da sentença, “**se concluir pela condenação, as razões da fixação da pena**” (art. 417, § 1º).

A propósito de aplicação das penas, constituiu inovação o disposto no art. 45, que torna obrigatória a pena de multa, “ainda que não esteja expressamente cominada”, quando o crime é praticado “com o fim de lucro, ou por cupidez”, estipulado, neste caso, o seu máximo em cem dias-multa.

Merece especial destaque, no âmbito do nosso tema, a nova sistemática do “sursis” e do livramento condicional. Se a pena privativa da liberdade não é superior a dois anos, **qualquer que seja sua qualidade**, pode ser a sua execução suspensa condicionalmente, desde que o condenado seja primário, de nenhuma ou escassa periculosidade, e tiver demonstrado o sincero desejo de reparar o dano (art. 70); sendo que se o condenado for de nenhuma periculosidade, a suspensão poderá ser “simples”, e dependerá de “regime de prova”, se for escassa periculosidade (§ 1º, do art. 70). Se a pena privativa

da liberdade for superior a dois anos, o condenado pode obter o livramento condicional observados os demais requisitos do art. 70. Assim, desapareceu aquela faixa negra, entre 2 e 3 anos, dentro da qual, como é sabido, os condenados não podiam obter qualquer dos dois benefícios. Diante dos atuais textos dos arts. 70 e 74, que substituíram os arts. 71 e 75 do Decreto-Lei 1004, acabou até perdendo importância a faculdade concedida ao juiz de substituir a pena de **reclusão**, não superior a dois anos, pela "**detenção**, pois a substituição ampliava os casos de suspensão que, no texto primitivo do Código (DL 1004, de 21-10-69), só podia ser concedida aos condenados a pena de **detenção**, salvo quando se tratasse de réu menor de 21 anos e maior de 70.

No artigo 46, admite-se de que a pena de detenção não superior a seis meses seja substituída pela multa, "desde que o condenado seja primário, de escassa ou nenhuma, periculosidade e tenha realizado, salvo impossibilidade econômica, a reparação do dano antes da sentença, se é de esperar que a multa baste para servir de advertência". Trata-se de um benefício que pode transformar-se em pecado mortal. Com efeito, ao condenado, que reúna as condições exigidas no art. 46 para aplicação da multa substitutiva, pode-se, também, conceder a suspensão condicional da pena (art. 70), que, embora sujeite o condenado à observância das obrigações e proibições constantes da sentença, **assegura-lhe o segredo do registro da condenação, que será secreto**, (arts. 909 e 910 do Anteprojeto de Código de Processo Penal e 709 do C.P.P. vigente).

O registro da condenação à pena de multa não é secreto e, para variados fins, exige-se, hoje, folha corrida limpa. Por isso, no sistema atual, nem sempre será um favor concedido ao réu aplicar-se-lhe a pena de multa como substitutivo da pena de detenção.

Para muitos, será preferível a pena privativa da liberdade, com a respectiva suspensão condicional. Por isso, é necessário assegurar o sigilo do registro da condenação, nos ter-

mos dos arts. 909 e 910 do Anteprojeto de Cód. de Processo Penal, ao caso de aplicação da multa substitutiva e em todos aqueles de imposição isolada da pena de multa, cujo uso deve ser ampliado, não só sob a forma de multa substitutiva, mas, também, sob a forma das cominações alternativas ou mesmo isoladas.

Segundo o novo Código, pode, ainda, o Juiz decretar a extinção da punibilidade pelo perdão judicial (art. 107, V), esclarecendo-se, na Exposição de Motivos, que, em tais casos, "deve o juiz abster-se de condenar", declarando extinta a punibilidade pelo Perdão.

É certo que o Perdão Judicial já está consagrado, no Código atual, na injúria em caso de retorsão (art. 140, § 1º), na receptação culposa (art. 180, § 3º) no adultério (art. 240, § 4º) e na subtração de incapazes (art. 249, § 2º), mas estas hipóteses foram mantidas pelo novo Código, que acrescentou o perdão judicial para as lesões recíprocas leves (art. 131, § 5º), para o dano e introdução de animais em propriedade alheia (art. 178), para o falso registro e parto suposto (art. 266, parágrafo único).

Incluiu-se o instituto na casuística da extinção da punibilidade, mas limitados os seus efeitos aos casos expressamente previstos na Parte Especial, não se lhe deu uma aplicação genérica, ainda que restrita. Por isso, ainda ontem, na área de Direito Penal, aprovou-se, à unanimidade, uma proposição, do eminente Prof. Luiz Vicente Cernicchiaro, no sentido de dar-se uma disciplina ao instituto, que permita sua adoção para os acusados por crime a que seja cominada a pena de detenção até dois anos, os quais sejam primários e de nenhuma periculosidade.

Merece aplausos a supressão da reincidência específica, que obrigava à imposição de uma pena superior à metade da soma do mínimo com o máximo, bem como a instituição da **temporiedade**, segundo a qual não se toma em conta, para o efeito da caracterização da reincidência, a condenação an-

terior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o crime posterior decorreu período de tempo superior a cinco anos (art. 57, § 1º).

Entretanto, o legislador, que deixou de dar ao reincidente um tratamento penal apriorístico, por significar, no seu entender, uma “limitação intolerável ao poder discricionário do juiz”, adotou a classificação dos criminosos em “habitual e por tendência”, prevendo, para ambos, aquela mesma pena de reincidente, isto é, nunca inferior à metade da soma do mínimo com o máximo cominados (art. 64) e mais outra, apelidando de “indeterminada” a pena, cuja duração, na verdade, é limitada (art. 64 § 1º).

Como não escapou à crítica do percuciente mestre **Manoel Pedro Pimentel** “discutível o acerto da pretendida classificação dos criminosos habituais e por tendência, perigosa inovação, “frente à realidade brasileira”, pela ausência de meios habilitadores da infância desprotegida, pelo abandono moral de muitos jovens, pelo analfabetismo, fatores que conduzem o homem a um estado de vida típico, que não lhe pode ser imputado, inteiramente, mas também à própria sociedade. Agravar-se-ia a culpa do indivíduo, por uma falta que não lhe pode ser atribuída exclusivamente” (in “Estudos e Pareceres”, p. 79). Além deste aspecto, entendo que a classificação dos criminosos não só seria dispensável, mas chega mesmo a ser inconveniente. Dispensável porque, como ensinou **ROBERTO LYRA**, “A classificação, através da lei, além de tudo, seria apriorística, convencional, genérica, sintomática; a individualização é direta, essencial e específica. É a identificação moral”. (in *Repertório Enciclopédico* — V. 14 p. 53).

LOPEZ-REY ARROJO, em sua “Introducción al Estudio de la Criminología”, manifesta o seu ceticismo quanto a qualquer tipologia, a que atribui, apenas, valor relativo. “Em princípio — diz ele — toda pessoa configurada pelos dois elementos fundamentais, de índole genérica: disposição e mundo circulandante é, em si, algo peculiar que não se repete nunca, peculiaridade que é a última e toda realidade de

cada pessoa, anímica e corporalmente considerada". E não esquece o caso dos irmãos gêmeos univitelinos que, como observa, "de certo modo, são uma repetição. Porém, este caso excepcional não invalida o exposto: Além de sua excepcionalidade — procedência de um mesmo óvulo — tenhamos em conta que sua identidade, ou seja, repetição, não é absoluta, existindo entre eles e em maior ou menor medida sempre diferenças". Ora "se as pessoas não se repetem, isso quer dizer que são diferentes e, portanto, não é possível obter tipos generalizadores das mesmas". Por outro lado, se o que se busca é um tipo médio, aí é que o tipo vai perdendo cada vez mais a sua individualidade. Neste particular, o eminente mestre paulista, em mais uma arguta observação, acentua: "as características diferenciadoras têm que ser, na configuração tipológica, realçadas, isto é, "exageradas", a fim de que tenham validade distintiva, de classificação. O tipo assim criado, perde realidade à medida que se "aperfeiçoa", que se faz mais e mais concreto à força de tecnicizar-se e de fazer-se mais diferenciado dos demais. Transforma-se, assim, em um esquema supra-individual, com todos os inconvenientes que este supõe, os quais aumentam quando o tipo se converte no famoso "termo médio", que não corresponde nunca a realidade das pessoas ou das coisas, pois é algo puramente "abstrato", em cujas linhas não "encaixa" senão muito relativamente a realidade em cada caso concreto" (ob. cit. 108 e 111).

Isto posto, parece-me inconveniente e irreal dar tratamento uniforme a tipos unificados no texto legal. SILVIO RANIERI, em seu "MANUALE DI DIRITTO PENALE", após referir-se às diversas distinções da tipologia, conclui que "se é verdade que o crime é revelação de uma individualidade que vai conhecida no seu complexo morfológico e psíquico, a fim de que possa ser submetida a um tratamento represivo e preventivo eficaz, todavia, a diversidade de indivíduo para indivíduo, que impõe o reconhecimento do coeficiente de variabilidade humana contra a lei de constância dos fenômenos psíquicos, persuade-nos da inabilidade de classificar os de-

linqüentes em tipos determinados, porque ao lado de delinqüentes definíveis por via de sua constituição anátomo-funcional ou por via de sua estrutura moral, há a maioria dos delinqüentes irreduzíveis a tipos prestabelecidos, (pág. 438).

GIACOMO CANEPA, o eminente professor de Antropologia Criminal da Universidade de Génova, em trabalho publicado nos "Appunti de Criminologia", organizados por FRANCO FERRACUTI, discorrendo sobre "A classificação dos Delinqüentes", conclui que "o exame desta questão e de suas várias soluções no campo antro-po-bio-psicológico, da época lombrosiana até hoje, demonstra que as mais modernas orientações tendem a excluir o problema da classificação dos delinqüentes do âmbito da criminologia científica". E acrescenta: "A ação criminosa deve ser valorizada, do mesmo modo que toda ação humana, em referência à complexa variedade dos fenômenos psicológicos que a prepararam e desencadearam: é, por isso, único, irrepartível, não sujeita a classificações, assim como não é sujeita a classificações a personalidade do seu autor" (ob. cit. p. 145).

Por tudo isso, a nosso ver, a adoção dos tipos legais criminológicos subverteu a individualização da pena. Não há campo para o exercício do poder discricionário do Juiz, pois a pena mínima não pode ser inferior à metade da soma do mínimo com o máximo, nos casos dos criminosos habituais ou por tendência (art. 64). Por outro lado, não tem o juiz a faculdade de conceder o livramento condicional senão depois de cumprido o mínimo da pena indeterminada (art. 76).

Não sou contra um tratamento penal mais severo para os criminosos de maior periculosidade, ou de "acentuada" periculosidade, para empregar a linguagem do Código, mas observado sempre o princípio da individualização da pena que, a meu ver, a classificação dos delinqüentes, feita pelo legislador, não preserva.

Mas o fato é que os criminosos habituais ou por tendência, de acordo com o Código, estão sujeitos à chamada pena

indeterminada e, para sua aplicação, deverão ser submetidos ao Exame Criminológico, disciplinado no art. 392 e seguintes do Anteprojeto de Código de Processo Penal, desdobrando-se o respectivo processo em duas fases procedimentais — na primeira, o juiz decidirá sobre a existência do crime e de sua autoria; na segunda, sobre a aplicação de pena indeterminada (art. 656 e seguintes do Anteprojeto), após o Exame que ordenará.

O Exame Criminológico consistirá, nos termos do art. 395, do Anteprojeto, “na pesquisa dos precedentes pessoais e familiares do réu, sob o aspecto físico, psíquico, moral e ambiental, para a obtenção de dados reveladores de sua personalidade e do seu estado perigoso”.

O Exame será realizado em estabelecimento próprio, mediante internação do acusado, que não poderá durar mais de seis meses, funcionando sempre peritos oficiais (art. 393 e seu § 5º).

Tais normas, se transformadas em lei, tornar-se-ão inexecutáveis, sem a imediata implantação dos estabelecimentos indispensáveis à sua aplicação. Já temos a experiência da falta de vagas para o exame de sanidade mental, acontecendo, como no meu Estado, que mais de quinhentos acusados esperavam, presos, a oportunidade da internação, para serem submetidos a exame psiquiátrico.

Na sistemática de aplicação das penas, em relação aos criminosos habituais e por tendência, o Exame Criminológico se apresenta como instrumento indispensável, exceto quando a habitualidade é **presumida**, pois, neste último caso, o Juiz pode aplicar a pena, na forma do art. 64 e seu § 1º, do Código de 69, independentemente daquele Exame, desde que o réu seja reincidente, pela segunda vez, portanto, tenha cometido um terceiro crime da mesma natureza, em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere ao cumprimento de pena, exigindo-se que o crime seja **doloso**.

O Exame Criminológico será, também, cabível para a substituição da pena pela medida de segurança de internação, tendo em vista o disposto no art. 93, no caso do semi-imputável.

Ficam sujeitos a idêntica internação, para fim curativo, sob as mesmas normas, os condenados reconhecidos como ébrios habituais ou toxicômanos (§ 3º, do art. 95).

Em tais casos, aos réus é aplicada a pena correspondente ao crime cometido, de conformidade com a regra geral de aplicação da pena, mas pode haver a internação em substituição à pena.

Não há, no novo Código, presunção de periculosidade, salvo o caso da habitualidade presumida. Por isso, o Código impõe ao Juiz o dever de, na sentença, declarar o “grau de periculosidade do condenado”, e o Anteprojeto de Código de Processo Penal considera tal declaração “requisito essencial” da sentença, exigindo mais que seja a declaração motivada (art. 417, III, e seu § 2º).

A declaração do grau de periculosidade é mesmo indispensável, porque dela depende a designação do estabelecimento para o cumprimento da pena, que será estabelecimento fechado se o condenado é de “acentuada” periculosidade, e poderá ser estabelecimento aberto ou prisão-albergue, se de “escassa ou nenhuma” periculosidade e conforme a **quantidade** da pena imposta.

Todavia, a meu ver, não é obrigatório, em face do Anteprojeto, o Exame Criminológico, para a declaração do “grau de periculosidade”, pois, se obrigatório fosse, todas as ações penais ficariam reduzidas ao mesmo rito das duas fases procedimentais, previstas, para aquele Exame, no art. 656 e seguintes do Anteprojeto.

No parágrafo 1º do art. 52, do Código Penal de 69, o legislador estabeleceu três graus de periculosidade — “acentuada”, “escassa” e “nenhuma”. No Seminário de Direito Penal e Processo Penal, reunido em Belo Horizonte, em nossa

Faculdade de Direito, no ano passado, que teve a honrosa participação de muitos dos eminentes penalistas que aqui se encontram, considerou-se, na Terceira Conclusão do Seminário, ser “conveniente rever os conceitos de periculosidade **acentuada, escassa ou nenhuma**, mesmo porque se as circunstâncias evidenciam a probabilidade de rápida regeneração do agente, não parece razoável formular-se contra ele qualquer juízo de periculosidade”.

De fato, a distinção entre “escassa” periculosidade e “nenhuma” periculosidade é tão irrelevante que o próprio legislador as nivela, para diversos fins, como: — para aplicação da detenção substitutiva (art. 37, § 3º); para o cumprimento de pena em regime de semiliberdade no estabelecimento aberto (art. 38, § 3º); para o cumprimento de pena sob o regime de prisão-albergue (art. 44) e para a substituição da detenção pela multa (art. 46). As duas modalidades distinguem-se para o efeito do regime da suspensão condicional da pena, que poderá ser “simples”, isto é, independente de prova, se o condenação é de **nenhuma** periculosidade, e dependerá de “prova”, se de **escassa** periculosidade.

Resta-nos a referência à aplicação das inabilitações, como penas acessórias, das interdições de direitos e da cassação da licença para dirigir veículos motorizados, estas duas últimas previstas como medidas de segurança.

Tenho, a respeito, talvez uma posição isolada, pois não sou partidário de tais penas ou medidas de segurança, sobretudo, aplicáveis, **cumulativamente**, com as penas privativas da liberdade.

O Anteprojeto de Código de Processo Penal, em seu art. 276, parágrafo único, diz que “o pedido de condenação na pena principal envolve e compreende a pena acessória que couber”. Assim, a imposição das inabilitações independe até de pedido expresso da acusação, sendo aplicáveis, como no Código vigente, **cumulativamente**, com as penas privativas da liberdade.

Do mesmo modo, a interdição para o exercício de profissão, que deixou de ser pena acessória, e a cassação de licença para dirigir veículo motorizado, ambas medidas de segurança, podem ser aplicadas ao lado da pena privativa da liberdade.

Bem sei que, em nossos dias, toda severidade aventada para os que praticam crime ao volante é recebida com aplausos por muita gente e até por alguns especialistas. Já se tem mesmo sustentado a punição, a título de dolo eventual, como regra.

A meu ver, o motorista nunca quer o acidente, nem admite que ele ocorra, como advertem as campanhas de trânsito, "a vítima pode ser ele mesmo", e cada qual tem plena consciência disso, pelo que não há de querer nem assumir o risco de um resultado danoso a si mesmo. Sem dúvida, o que ocorre é a culpa em sentido estrito, algumas vezes culpa consciente, que está próxima do dolo eventual, mas que com ele não se confunde, como sabemos. É claro que um veículo pode ser usado, deliberadamente, para ferir ou matar alguém, mas, aí, caímos na regra geral do crime doloso, que pode ser praticado com vários instrumentos, inclusive um automóvel.

Assim, a solução do problema dos acidentes de trânsito, não está na violência ao conceito da culpabilidade como meio para agravar as penas, mas, sim, no policiamento, intensivo e ostensivo, de ruas e estradas. Em pesquisa realizada por um nosso aluno, no Curso de Doutorado, verificamos que, em Belo Horizonte, o índice de acidentes era mínimo nos locais mais policiados.

Pessoalmente, sou avesso às inabilitações e às interdições de direitos, especialmente sob a forma de impedimento para o exercício de uma profissão ou determinadas atividades, quer como penas acessórias, quer como medidas de segurança, sobretudo porque o cumprimento delas é POSTERIOR ao cumprimento da pena privativa da liberdade. E, a meu ver, tal fato constitui uma profunda contradição do sistema, pois,

permitido o contato do indivíduo com a sociedade, após o cumprimento da pena ou sua extinção, erige-se em seu favor uma presunção de aptidão para vida social, pelo que não me parece razoável proibir-lhe o exercício de sua profissão. Tal proibição só pode dificultar o seu processo de readaptação à convivência social.

É certo que a cassação da licença para dirigir não é o mesmo que a interdição do exercício de profissão, embora, quando se trata de um motorista profissional, a cassação seja equivalente à própria interdição, pois, cassada a licença para dirigir, o profissional não mais pode exercer a sua profissão. Por outro lado, hoje, o automóvel é, sobretudo, um instrumento de trabalho para a maioria das pessoas, que dele se valem muito mais em serviço do que em passeios.

Contudo, quando a cassação de licença para dirigir veículo motorizado for alcançar quem não seja motorista profissional, não acarretará proibição para o exercício de profissão e, por isso, pode, em alguns casos, ser justificável, especialmente em relação a motoristas, que fazem da direção de seus veículos um arriscado esporte, pelas ruas e estradas, pondo em perigo a segurança própria e alheia, nos seus carros, chamados "envenenados", muito em voga, de descarga abertas e "talas largas", vindo a dar causas a acidentes. Aí, a nossa divergência é quanto ao sistema de duplicidade de providências — pena e medida de segurança — porque o réu, além de ser condenado ao cumprimento da pena, depois dela, cumpre a medida de segurança, e o pior é quando se admite a contemporaneidade do gozo do "sursis", do livramento condicional ou da desinternação condicional com a interdição ou a cassação da licença. (Art. 95, § 1º).

A verdade é que as inabilitações para o exercício de certos direitos ou atividades e as interdições do exercício de profissões, bem como a cassação de licença para dirigir, que tem a mesma natureza, são medidas ou sanções "estáticas", de caráter meramente "retributivo", como procurarei mostrar, sobrevivências mais evidentes daquilo que o saudoso mestre

NOÉ AZEVEDO chamou de “fundo de vingança da penologia moderna”, em trabalho publicado na Revista Forense, vol. 102.

Elas não educam nem corrigem, porque não têm mobilidade na execução; elas não estimulam, porque humilham o condenado no seio de sua família (inabilitação para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela), no meio do grupo profissional (interdição para o exercício de profissão ou cassação de licença para dirigir), perante a sociedade em geral (suspensão dos direitos políticos). Elas acompanham o condenado, silenciosamente, como uma sombra incômoda, que não os ajuda, que não lhes desperta outro sentimento senão o da própria inferioridade. Portanto, como medidas de prevenção especial são de precário alcance; por outro lado, a execução delas não pode ser fiscalizada eficientemente, dado que o condenado, em liberdade, pode frustrá-la de vários modos, sem que o fato chegue ao conhecimento da autoridade. Pode-se mesmo dizer que, sob este aspecto, são desmoralizadas e desmoralizantes.

No VII Congresso Internacional de Defesa Social, reunido em Lecce, na Itália, de 19 a 24 de setembro de 1966, cujo tema foi “As interdições profissionais e interdições do exercício de determinada atividade”, do qual participaram especialistas de 28 países, foram assinaladas as inconveniências de tais interdições. (In Rev. Bras. de Criminologia e Direito Penal, V. 15, p. 151).

É fora de dúvida, como profetizava o doutíssimo penalista COSTA E SILVA, que o “futuro não parece propício às interdições de direitos”.

Todavia, a nosso ver, dada a falência das penas privativas da liberdade, cujos males são muito maiores e piores, na busca de substitutivos para elas, é possível que tais inabilitações e interdições, das quais “a infâmia civil foi a precursora”, na opinião de ATALIBA NOGUEIRA, ainda consigam sobreviver mais tempo, porém, impostas isoladamente e para evitar a prisão.

É certo que nenhum sistema de penas ou de sua aplicação, por mais perfeito que possa ser, irá por fim à criminalidade, que se transforma mas não desaparece. Há muitos anos passados — já dizia o penalista português SILVA FERREÃO — “que é tão impossível extirpar a causa completa do crime como seria meter o mar em uma concha”, mas admitia que se pode e deve circunscrevê-lo dentro de determinados limites “por uma marcha gradual, constante e permanente”.

É claro que nenhum de nós tem ingenuidade de pensar de outra maneira, mas, quando nos reunimos, cada qual, na medida de sua capacidade, procura dar uma contribuição, ainda que modesta como esta nossa, no sentido de novas experiências, não por acreditarmos que elas possam operar milagres, porque, como o velho mestre CARNELLUTI, também pensamos que “se um novo Pasteur inventasse uma vacina milagrosa contra o crime, é certo que, desde este momento, polícia, prisões e cadeias seriam relegados aos museus e o Direito Penal ficaria reduzido a um capítulo da história jurídica”.