

Da Aplicação da Pena no Anteprojeto do Código Penal Brasileiro

Prof. Ms. Alcides da Fonseca Neto

Mestre em Direito pela UCAM, Juiz titular da 11ª Vara Criminal da Comarca da Capital e Professor de Direito Penal da EMERJ, da Fundação Escola da Defensoria Pública e da PUC-RJ.

“A melhor reforma do Direito Penal seria a de substituí-lo, não por um Direito Penal melhor, mas por qualquer coisa melhor que o Direito Penal”

Gustav Radbruch

Foi com muita alegria que recebi o convite para participar do Seminário Crítico do Anteprojeto do Código Penal, organizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

A realização do evento foi idealizada pelos meus amigos, Desembargador Paulo Baldez e Juiz Rubens Casara, sob a coordenação acadêmica de um dos maiores juristas deste país, o querido Professor Doutor Juarez Tavares.

Daí a satisfação de participar do seminário, com a missão de discutir acerca da aplicação das penas no citado Anteprojeto, sem no entanto ter a pretensão de esgotar o assunto ou de discorrer sobre todos os aspectos do novo texto, pois alguns pontos ainda dependem de maior reflexão e seria prematuro e irresponsável tecer certas críticas desprovidas de maior meditação.

Assim que fiz a primeira leitura do novo texto, fiquei bastante preocupado com os rumos do pensamento jurídico-penal no Brasil, pois verifi-

quei, com certa perplexidade, que as premissas adotadas revelaram uma ideologia extremamente conservadora, presente nos corações e mentes dos ilustres membros que compuseram a Comissão de Reforma.

De fato, pude perceber nitidamente que o grande pilar do novo texto é um viés punitivo e encarcerador. Para tanto, basta afirmar que o instituto do livramento condicional, o instrumento da execução penal que desempenha um papel extremamente importante para proporcionar que o condenado se reintegre o mais rapidamente ao seu meio social, simplesmente foi abolido.

Em todos os países do mundo foram criados diversos recursos de desencarceradores, justamente diante da notória percepção de que a pena de prisão tem um efeito criminógeno e não exerce sua função aparente de recuperar o apenado.

Além disso, outro sustentáculo teórico e punitivo no qual se baseia o Anteprojeto é a controvertida figura da reincidência penal, erigida à condição de verdadeira “Prima Donna” do texto reformador.

De fato, a reincidência não só foi mantida, como também teve os seus efeitos alargados, em prejuízo do réu, com a criação de uma subespécie: a reincidência decorrente de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Com efeito, ao tratar do sistema progressivo de cumprimento de pena, o Anteprojeto menciona, em seu artigo 47, I, que a progressão ocorrerá depois de cumprido, no regime anterior, um terço da pena, em caso de reincidência.

Mas logo depois, no inciso III, alínea “a”, está prevista a necessidade de cumprimento, em regime anterior, *da metade* da pena, quando o “condenado for reincidente em crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa ou em crime que tiver causado grave lesão à sociedade”. Nem é preciso aprofundar o tema para poder afirmar que este último enunciado, “grave lesão à sociedade”, é vago, impreciso, subjetivo e que, com toda certeza, será responsável por muitas injustiças que serão cometidas em nome do movimento da Lei e da Ordem ou sob o manto da ideologia da Defesa Social.

Por outro lado, ao tratar do regime inicial de cumprimento da pena, mais uma vez resplandecem a reincidência e a obrigação de que o crime seja cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, como condições para que o réu tenha direito ao Regime Aberto (artigo 49, III do Anteprojeto).

Como se não bastassem todos os gravames causados pela reincidência, ela passa à categoria de *circunstância preponderante*, uma vez que a atenuante relacionada à menoridade penal *simplesmente desapareceu do anteprojeto!* A menoridade penal, verdadeira tradição do nosso ordenamento jurídico, agora desaparece. Foi expurgada do novo texto. Para os membros da Comissão de Reforma, pouco importa se o indivíduo, maior de dezoito e menor de vinte e um anos, não tem a sua personalidade psicossocial completa. Acrescente-se que a proeminência desta atenuante sempre foi aceita, pacificamente, pela doutrina e pela jurisprudência de todos os Tribunais do país.

Assim, com a inexplicável exclusão da menoridade penal, a reincidência assume, como já assinalado, o contorno de circunstância preponderante no concurso entre atenuantes e agravantes. Esta parece ter sido a intenção dos idealizadores do projeto: Fazer com que a reincidência sempre conduza ao aumento da pena-base, independentemente da presença de qualquer atenuante.

E o que me causa ainda mais espécie é notar que na Exposição de Motivos do Anteprojeto é dito que houve a preocupação em incorporar a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Porém, a meu juízo – e afirmo aqui, não há de modo algum o objetivo de externar qualquer crítica de natureza pessoal aos membros da Comissão, mas apenas a de estabelecer críticas de índole ideológica- os idealizadores do Anteprojeto, ao que tudo indica, esqueceram-se de que muito em breve o Supremo Tribunal Federal estará julgando a constitucionalidade da reincidência, considerada por muitos doutrinadores e magistrados como violadora dos princípios da culpabilidade e do *non bis in idem*. Assim, é interessante destacar a pouca ou nenhuma importância que a Comissão confere a este julgamento, haja vista que, declarado o caráter inconstitucional da reincidência, o Anteprojeto perde um de seus principais alicerces teóricos.

De outro lado, nota-se que um outro centro das atenções do Anteprojeto é o de punir mais severamente os crimes cometidos com violência

ou grave ameaça à pessoa, esquecendo-se, talvez, os nobres membros da Comissão, de que os crimes que envolvem a prática de corrupção, especialmente quando cometidos por agentes públicos, muito embora não sejam executados mediante ameaça ou violência, causam muito mais malefícios à sociedade do que a grande maioria dos crimes patrimoniais, por exemplo.

Para tanto, basta voltar os olhos para os delitos que ora são objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Atualmente, hoje são julgados membros que pertenceram ao mais alto escalão da República e que, aparentemente, vinham sistematicamente lesando os cofres públicos há muitos anos. Tais crimes, quando banalizados pelas práticas públicas corriqueiras, corroem o pouco de credibilidade que o Sistema Penal ainda possui.

Assim sendo, os critérios escolhidos para a imposição do regime inicial e de progressão da pena, mais gravosos para o agente, produzirão, a médio prazo, o efeito de causar um encarceramento em larga escala neste país e é sempre bom lembrar que o Brasil já é o segundo país – atrás apenas dos Estados Unidos- que mais detentos possui, quase todos provenientes da classe subalterna e condenados por crimes patrimoniais.

Há que se indagar? É correta essa ideologia conservadora e punitiva que norteia a criação do novo Código Penal Brasileiro? A meu sentir, a resposta é negativa. Aliás, o Anteprojeto não só caminha na contramão da história, como também se afigura contraditório com a legislação vigente, haja vista que a recente Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, modificadora de vários dispositivos do Código de Processo Penal, teve o claro objetivo de diminuir o número de presos provisórios em nossas prisões. Ou seja, uma vez aprovado o Anteprojeto tal como foi apresentado, a política criminal brasileira estará se propondo a diminuir o número de detentos provisórios e se esforçando ao máximo para aumentar os presos definitivamente condenados.

Já no que concerne à forma de aplicação das penas, o anteprojeto manteve o sistema trifásico. No entanto, pelo exame do artigo 75 do citado texto, novamente sobressai o seu caráter retrógrado e punitivo, eis que foi mantida a concepção desatualizada de uma finalidade retributiva-preventiva da pena.

Mantém-se, desse modo, a ultrapassada ideologia da pena como critério de retribuição. Assim sendo, sem adentrar nas teorias que procuram deslegitimar a pena de prisão, até porque não é esta a intenção do presente trabalho, é possível constatar que no Brasil ainda se pretende fundamentar a pena num caráter de mera retribuição, ou seja, a pena, principalmente a privativa de liberdade, continuará a ser entendida como um ato de punição, de puro castigo.

De acordo com o que é propugnado pela doutrina moderna, o conceito de reprovação deveria ser estruturado, ao menos programaticamente, na ideia central de prevenção. Todavia, no atual Anteprojeto, a reprovação vem amparada como medida de punição e desta forma reflete um pensamento ultrapassado e carcomido pelo tempo.

Além disso, a reprovação, como medida de punição, representa um pensamento nitidamente inconstitucional, por ser incompatível com a nossa Carta Política¹

Assim sendo, diante dos princípios democráticos esculpidos em nossa Constituição, é inadmissível pretender que um magistrado imponha uma sentença penal condenatória, cujo fundamento seja a retribuição entendida como castigo. Na verdade, o critério de retribuição somente pode assumir e refletir um caráter preventivo, atrelado umbilicalmente ao critério de culpabilidade, isto é, a pena deve ser aplicada nos estritos termos da culpabilidade do agente e com o olhar voltado para a recuperação do apenado.

A título de comparação, é sempre importante o exame do Direito Comparado e, dentro desta ótica, é essencial a leitura do Código Penal Alemão, editado em 1976, cujo parágrafo 46, está assim redigido: *“a culpabilidade do autor será o fundamento da medição da pena. Deverão ser considerados os efeitos derivados da pena para a vida futura do autor na sociedade”*. Vê-se, pois, que o Código Penal alemão, vigente há quase quarenta anos, fundamenta a aplicação da pena tão somente sob a perspectiva da prevenção, voltada para a recuperação do condenado. E o referido Código, é preciso afirmar aqui, aboliu completamente o instituto da reincidência penal.

¹ “A referência à reprovação, no sentido de retribuição, como fundamento da pena é incompatível com um Estado democrático de direito subordinado a determinados fins protetivos da pessoa, em atenção à sua dignidade e cidadania (Art. 1º, II e II, CF), ao seu bem-estar (art. 3º, IV, CF) e à prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF)”. Tavares, Juarez. “Culpabilidade e individualização da pena” (**Cem anos de reprovação**. Ed. Revan. 1ª Edição. Rio de Janeiro. 2011. Página. 132).

Enquanto isso, em terras brasileiras, no ano de 2012, é apresentado ao Senado Federal um Anteprojeto que pretende gerir os conflitos de interesse do século XXI, no qual ainda predomina a mensagem da pena como instrumento de punição, castigo, vingança.

Ultrapassado este ponto, cumpre examinar, neste passo, algumas das circunstâncias judiciais, presentes no artigo 75 do citado Anteprojeto.

Numa primeira leitura, encheu-me de alegria perceber que foram excluídas as circunstâncias judiciais relacionadas à “conduta social”, “personalidade” e aos “antecedentes”.

Como é sabido, o conceito de *conduta social*, compreendido como “o comportamento do agente, no seio da sociedade”, deve ser repudiado e afastado por constituir-se num puro juízo moral, que não se coaduna com o princípio da culpabilidade.²

Além do mais, a menção à conduta social do indivíduo representa uma clara e odiosa manifestação de um Direito Penal do Autor, em contraposição ao Direito Penal do Fato. Na verdade, aumentar a sanção com base na conduta social é responsabilizar o agente por aquilo que *ele é* (ou por aquilo que se pensa que ele é) e não por aquilo *que ele fez*³.

Além de tudo isso, parece-me antidemocrático estabelecer um postulado genérico de “*boa conduta social*”, pois o padrão que indica os bons comportamentos é construído a partir de valores pertencentes à classe dominante. Será que possuíam boa conduta social aquelas “*peças honestas, decentes, cegas e desastrosas que votaram em Hitler, no ano de 1933?*”⁴.

Já a circunstância representada pela *personalidade* do agente, assim compreendida “como o conjunto de características exclusivas de cada

2 “A Constituição da República Federativa do Brasil, que tem um de seus fundamentos na ‘dignidade da pessoa humana’, garantiu-lhe autonomia moral a partir da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, da proibição de toda privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, da livre manifestação de pensamento e expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (artigo 5º, IV, V, VIII, IX e X). A primeira consequência disso é a absoluta interdição, para o Estado, de impor qualquer moral; aí reside um indescartável compromisso do Estado secularizado” (Batista, Nilo. **Cem Anos de Reprovação**. Ed. Revan. 1ª Edição. Rio de Janeiro. 2011, Páginas 173 e 174).

3 “No momento da cominação da pena na sentença condenatória, o sistema revela toda sua perversidade ao admitir o emprego de elementos essencialmente morais, desprovidos de significado, sem averiguabilidade probatória e, conseqüentemente, isentos de possibilidade de refutação empírica” (Carvalho, Salo De. **Aplicação da Pena e Garantias**. Editora Lumen Juris. 3ª Edição. Rio de Janeiro. 2004. Páginas 31 e 32).

4 Citação de Richard Rorty, mencionada no livro de Alexandre Morais da Rosa, intitulado **Decisão Penal: A bricolage de Significantes**. Editora Lumen Juris. 1ª Edição. Rio de Janeiro. 2006. Página 352).

ser humano”, igualmente viola o princípio do Direito Penal do Fato, haja vista que, mais uma vez, o magistrado é chamado a emitir um juízo de valor moral sobre caracteres individuais do autor e não sobre a conduta por ele cometida, o que também ofende o princípio constitucional da Culpaabilidade.

Além disso, ao majorar a pena-base em face da personalidade, resquício da etiologia positivista do século XIX, o juiz assume o papel de diagnosticar, radiografar o interior do indivíduo, conquanto ele não tenha qualquer conhecimento técnico para fazê-lo, o que invariavelmente conduz o magistrado a valer-se de termos vagos, imprecisos e genéricos⁵, o que impede qualquer possibilidade de refutação e comprovação, dentro do processo, culminando por traduzir-se em afronta aos princípios da Ampla Defesa e do Contraditório.

Mas não param por aqui as críticas à aludida circunstância. O exame negativo da personalidade do réu também serve como instrumento para que a pena seja regradada além dos limites da culpaabilidade, o que também se contrapõe aos princípios da legalidade e da proporcionalidade⁶.

Todavia, em que pese a eliminação de tais circunstâncias, minha alegria desapareceu ao perceber que os “antecedentes” foram deslocados da condição de circunstâncias judiciais e inseridos como agravantes genéricas, consoante se pode notar pela dicção do artigo 77, II.

Entretanto, não houve um mero deslocamento sistemático, uma vez que agora os antecedentes passam a ser definidos da seguinte maneira: *“os antecedentes ao fato, assim considerados as condenações transitadas em julgado que não geram reincidência ou quando esta for desconsiderada na forma do artigo 79, parágrafo único, deste Código”*.

Na primeira hipótese não há maiores problemas, pois é hoje pacificamente aceito que a sentença do primeiro crime, quando transite em julgado após a ocorrência do segundo delito, sirva como indicativo de maus

⁵ “Duvida-se, pois, da própria possibilidade de conhecimento da personalidade, porque, afora a inexistência de um *padrão* para comparações, se reconhece que ela é dinâmica, que nasce e se constrói, permanentemente, com o indivíduo, sempre à mercê dos estímulos e dos traumas de toda ordem” (Boschi, José Antonio Paganella, ob. cit., p. 173).

⁶ “Inicialmente, pode-se dizer que a personalidade, como critério de prevenção geral ou especial, não pode implicar a fixação da pena além dos limites impostos pela culpaabilidade, pois isso importaria em violação aos princípios objetivos da legalidade e da proporcionalidade (Tavares, Juarez, ob. cit., p. 148.).

antecedentes, quando por ocasião da prolação da sentença condenatória do segundo delito.

Mas a outra situação é extremamente perversa para com o réu. Na parte em que está proposta que haverá maus antecedentes quando a condenação transitada em julgado for desconsiderada, o que se está afirmando é que, agora, através de lei, a chamada prescrição quinquenal da reincidência passará a ser considerada como fator de maus antecedentes.

É sabido, por um lado, que a denominada prescrição quinquenal da reincidência já era entendida como indicativo de maus antecedentes, de acordo com a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, mas há uma grande diferença entre jurisprudência e lei. A jurisprudência, pela sua própria natureza, pode modificar-se rapidamente. A lei, ao contrário, é feita para ser perene. Assim sendo, enquanto entendida como mera jurisprudência, dito pensamento poderia ser rapidamente modificado, de acordo com o que clama, inclusive, toda a doutrina penal brasileira. Na verdade, a jurisprudência dominante de hoje pode nem existir amanhã.

Não obstante, transformada em lei, referido posicionamento perdurará e se incorporará ao arcabouço jurídico-penal brasileiro, em claro prejuízo para o cidadão.

De fato, não se está discutindo sobre uma questão de menor importância. Muito ao contrário. Sempre sustentei a arbitrariedade do posicionamento dominante por vislumbrar nele uma clara afronta à lei vigente, haja vista que, se a prescrição da reincidência pode transformar-se em maus antecedentes, de que adianta para o réu a ocorrência da prescrição, cuja característica é apagar, é fazer desaparecer os efeitos jurídicos antes existentes?

Doravante, se aprovado o Anteprojeto, o indivíduo que já é estigmatizado por sua condição de reincidente, continuará a ser taxado como delinquente até o final de sua vida. O rótulo discriminatório apenas mudará de nome. É a isso que se chama processo de seletividade. O indivíduo começa a se comportar, na vida social, como um ser diferente, como alguém que carrega uma mácula e que o distingue dos demais. Ele passa a ser visto e a se comportar como se estivesse em posição de desigualdade no meio em que vive.

A consequência disso, segundo mostram inúmeras pesquisas, é que dito indivíduo acaba iniciando uma verdadeira carreira criminosa, visto que o próprio Estado não lhe deixa outra opção⁷.

E o mais grave, o que a mim mais causa indignação é que, de acordo com o novo texto, os maus antecedentes adquirem uma conotação perpétua, vez que não foi previsto um termo final para a abolição dos maus antecedentes, neste caso.

Quanto às atenuantes, o mais significativo, como já apontado, é o desaparecimento da menoridade. Mas a idade do idoso, considerado à data da sentença, como fator de atenuante, aumenta para setenta e cinco anos. Quantos condenados ainda estarão vivos para receber a aludida atenuante?

Importa também destacar o artigo 76 do Anteprojeto, que certamente se transformará em objeto de muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência, se aprovado. Ele trata da fixação de alimentos e está assim redigido: *“Na hipótese de homicídio doloso ou culposo ou de outro crime que afete a vida, o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará alimentos aos dependentes da vítima, na forma da lei civil”*.

Se é na forma da lei civil, cuida-se do artigo 948, II, do Código Civil, isto é, fixação de pensão. Assim, é absolutamente previsível que logo surjam aqueles que dirão que o artigo é inconstitucional por violação ao Princípio da Correlação, por vulneração ao Princípio do Devido Processo Legal, etc.

Mas se o juiz pretender se esforçar para aplicar o apontado dispositivo, preocupado com a situação dos dependentes da vítima, ainda assim ocorrerão objeções e discussões. Por exemplo, quem terá legitimidade para requerer? O Ministério Público ou o Assistente de Acusação? Porém o que me parece um grande complicador é o fato de que o juiz criminal terá de expandir a instrução. Afinal, o valor da pensão dependerá da prova dos ganhos da vítima. Tudo isso à luz do contraditório e da ampla

⁷ “Não só as normas de direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e, especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente sobretudo sobre o *status social* dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social” (Baratta, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 2ª edição. 1999, ed. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. p. 168).

defesa. Deste modo, a instrução criminal, concebida para obedecer aos princípios da concentração, oralidade e celeridade, terá necessariamente que se alongar e não poderá ser resolvida através de uma audiência única, como determina a atual lei processual penal, até porque a instrução terá natureza mista, isto é, também será uma instrução de matéria cível. Ante-vejo sérios problemas, especialmente nas hipóteses de réus presos. Resta saber como se comportará a jurisprudência dos Tribunais.

Uma outra questão preocupante, porém perfeitamente compreensível diante dos ideais conservadores do Anteprojeto, é verificar que todas as agravantes relacionadas ao concurso de pessoas agora se transformam em causa especial de aumento de pena, de acordo com o artigo 38 § 4º. E o pior de tudo é que a fração de aumento irá de um sexto a dois terços, ou seja, aquilo que hoje é agravante e que pode até ser compensado com uma atenuante, passa a ter aplicação obrigatória.

Já nas hipóteses de redução obrigatória da pena, o projeto sempre é espartano; as reduções da reprimenda no projeto são as menores possíveis, como no caso de diminuição da reprimenda nas hipóteses de reconhecimento do dolo eventual, cuja redução é estabelecida *em até um sexto* (artigo 20). De acordo com a minha compreensão, portanto, a possibilidade abstrata de imposição de penas tão elevadas viola os Princípios da Proporcionalidade, da Culpabilidade e da Dignidade da Pessoa Humana.

Prosseguindo com a leitura, no artigo 84 começa o cálculo da pena, com a manutenção do sistema trifásico, mas com a particularidade de que as circunstâncias agravantes e atenuantes observem “*os limites legais cominados*”.

O que desperta a atenção aqui, mais uma vez, é a preocupação com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, ou melhor, com a jurisprudência dos Tribunais Superiores desfavorável aos réus. Mais uma vez, o que antes era apenas jurisprudência passa a ser lei. Explico.

O texto legal determina que o juiz, ao aplicar a pena-base, não possa reduzi-la aquém do mínimo legal, em razão das atenuantes. Ora, em que pese este respeitável entendimento, a sanção deve ser reduzida aquém do mínimo legal para que ela não seja aplicada acima da medida

de culpabilidade do agente. Pena que não esteja atrelada à culpabilidade não é pena. É castigo⁸.

Porém, aqueles que não concordam com o entendimento por mim esposado, normalmente o rebatem com a afirmação de que a pena também não será aumentada, além do máximo, pela agravante. Contudo, as duas situações, que aparentemente constituem os dois lados da mesma moeda, na verdade se apresentam completamente diferentes.

O impedimento para a elevação da pena, além do máximo, pela agravante, está relacionado ao Princípio da Proporcionalidade.

De fato, é completamente desarrazoado supor que o juiz vá aplicar a reprimenda no máximo para, depois, elevá-la em razão de uma agravante.

Entretanto, o mais grave, ilegal e injusto é trazer as duas situações para o mesmo patamar jurídico com o intuito de igualá-las. Isto porque, em razão do princípio da Proporcionalidade, rarissimamente o magistrado aplica a pena no máximo cominado abstratamente à espécie. Todavia, com muita frequência, por reconhecer um nível normal de culpabilidade decorrente da violação do tipo penal, o magistrado aplica a pena-base em sua quantidade mínima. Disso decorre que a equiparação equivocada das duas situações é extremamente prejudicial ao réu e claramente violadora dos princípios da Culpabilidade e da Individualização da pena.

Mas não termina aqui. Há mais.

Outro ponto que continua a merecer duras críticas é o posicionamento de que o óbice para reduzir a sanção aquém do mínimo legal, pela atenuante, decorre do princípio da legalidade.

Como é possível se falar em violação do princípio da Reserva Legal se as atenuantes são aplicadas na segunda fase de regramento e não no primeiro estágio de dosimetria? De fato, ao aplicar a pena-base, está o juiz adstrito aos parâmetros abstratamente previstos pelo legislador, de modo que não pode ele estabelecer qualquer sanção que não esteja inserida na escala penal previamente prevista em lei.

⁸ “Nesse aspecto, atendendo a que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, nada obsta a que as circunstâncias atenuantes e os critérios de prevenção geral e especial possam conduzir à diminuição da própria pena-base, inclusive aquém do mínimo cominado ao delito. A pena-base pode, assim, ser diminuída pelas atenuantes genéricas e pelos critérios de prevenção geral e especial relacionados no artigo 59 do CP”. (Tavares, Juarez, **Cem Anos de Reprovação**. Ed. Revan, 2011, p. 139).

A partir deste ponto, entretanto, a dosimetria prossegue através de um processo trifásico, em que a segunda etapa é justamente a fixação das atenuantes e das agravantes.

Assim sendo, não é lógico nem jurídico que o juiz permaneça *engessado* à pena abstratamente prevista em lei, justamente porque, na segunda fase de dosimetria, ele tem dever de regradar e individualizar a pena, com a obrigação de respeitar, sobretudo, as regras constitucionais de cumprimento obrigatório.

Além disso, a mencionada redução é operada *em benefício do réu*, de modo que se apresenta como absolutamente falsa a assertiva de que haveria vulneração ao princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege*, caso a pena fosse trazida para aquém do mínimo legal, uma vez que este citado “valor” constitucional, desde os tempos do Rei João Sem Terra, foi criado para limitar e até para impedir o arbitrário exercício do *jus puniendi* estatal, em detrimento do cidadão e não pode este mesmo princípio ser utilizado para negar um direito legalmente assegurado a todo cidadão que eventualmente esteja na posição de réu numa ação penal.⁹

Em outras palavras, afigura-se como uma inaceitável *inversão de valores* que um princípio constitucional cunhado para proteger o cidadão, contra o Estado, possa agora ser utilizado contra o mesmo cidadão, a favor do Estado!!!

Por outro lado, negar a apontada redução também conduz à violação do princípio constitucional da Individualização da Pena, como se pode observar do seguinte exemplo: Imagine-se que uma ação penal seja proposta em face de três réus e que, ao final, os três acusados sejam condenados, pelo mesmo crime, em coautoria delitiva. O magistrado aplica, então, a pena mínima para os três e esta se torna definitiva. Porém, o primeiro confessou, o segundo é maior de setenta e cinco anos e o terceiro não possui qualquer atenuante a seu favor. Indaga-se: É justo, é legal, é legítimo que os três acusados recebam a mesma reprimenda simplesmente por causa de uma vedação inconstitucional, imposta pela jurisprudência e que agora se quer referendar através do Anteprojeto do Código Penal?

9 Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça editou o verbete de súmula nº 231 e através dele impediu que a pena-base fosse reduzida aquém do mínimo legal como decorrência de qualquer atenuante, ao argumento de que a alegada redução criaria um sistema de “*ampla indeterminação que é incompatível com o princípio da reserva legal e possibilita constantes tratamentos infundadamente diferenciados*” (Recurso Especial nº 146.056/RS).

Assim, mais importante do que qualquer Anteprojeto, qualquer artigo de lei, súmula, ou jurisprudência com força de repercussão geral, é o estrito cumprimento de nossa Constituição da República, de modo que será sempre possível a citada redução da pena sempre que for necessário individualizá-la e adequá-la aos limites da culpabilidade do agente.

Millôr Fernandes disse uma vez que *“o problema não é apenas caminhar na estrada certa. Temos que arriscar também na contramão”*. Este é o procedimento que procuro adotar. Trilhar muitas vezes pela contramão para chegar ao lugar certo.

Nesta altura, como ressaltai inicialmente, é preciso dizer que não procurei examinar todos os aspectos do novo texto, até porque o presente artigo é fruto da palestra que proferi no Seminário Crítico da Reforma do Código Penal e, evidentemente, havia uma limitação de tempo.

Portanto, prosseguindo ainda com relação a um ponto específico, que é o instituto do crime continuado, verdadeira forma especial de concurso de crimes, pude observar que o Anteprojeto perdeu uma grande oportunidade de aperfeiçoar, de modernizar tão importante instrumento de aplicação das penas.

Efetivamente, o novo texto mantém a menção aos “crimes da mesma espécie”, principal núcleo de referência da estrutura típica da continuidade delitiva, sem que tenha havido qualquer preocupação com uma nova definição sobre o seu alcance, de forma que a expressão “crimes da mesma espécie”, cuja função é produzir tipicidades homogêneas, continuará a ser definida como sempre o foi desde a década de quarenta do século passado, isto é, englobando somente os crimes previstos no mesmo dispositivo legal, incluindo-se aí os tentados, consumados ou qualificados¹⁰.

Entretanto, com o passar dos anos, a maioria esmagadora dos doutrinadores brasileiros, com a contribuição deste autor¹¹, passou a sustentar que os crimes da mesma espécie não só se constituem naqueles que lesionam o mesmo bem jurídico, como também nos que apresentam homogeneidade objetiva, isto é, uma afinidade modal que deve envolver os delitos sequenciais que compõem o crime continuado.

10 Neste sentido: Hungria, Nélon. Crime continuado. **Novas Questões Jurídico-penais**. Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1945, p. 99.

11 **Crime Continuado**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2004, p. 84 a 86.

Na verdade, não era mesmo possível esperar o surgimento de uma redefinição mais liberal e abrangente, afinada com o pensamento moderno, pois isso propiciaria conferir maior amplitude ao referido instituto, justamente o que não pretendeu fazer a Comissão de juristas.

Com efeito, a manutenção do texto antigo está a serviço do caráter punitivo do Anteprojeto e a maior prova disso é de que houve mudanças em relação ao crime continuado, nos termos do § 2º do artigo 88, com o claro objetivo de reduzir o seu âmbito de incidência.

Segundo o novo texto, ele não se aplicará mais aos crimes dolosos que afetem a vida, bem como ao estupro.

Dessa maneira, os membros da Comissão atendem aos clamores da opinião pública – talvez fosse melhor chamá-la de “opinião publicada” – uma vez que os meios de comunicação procuram induzir as massas a acreditar na falácia de que, quanto maior a pena, melhor estará protegida a sociedade.

Assim sendo, a opção pela aplicação cumulativa das penas, nos casos já citados, causará o incremento de sanções mais duras, quase sempre desproporcionais e desumanas.

Desta maneira, mesmo correndo o risco de ser repetitivo, cabe mais uma vez a indagação: Onde podem ser encontrados, no Anteprojeto, os princípios constitucionais da Proporcionalidade, Culpabilidade e Humanidade? Talvez eu não esteja procurando nos lugares certos ou, então, talvez os meus conceitos sobre os referidos princípios estejam defasados ou equivocados.

Por fim, eu encerro o meu escrito com a nítida intenção de enfatizar os meus temores e as minhas preocupações com o novo texto através do qual se pretende alterar o Código Penal brasileiro.

Porém, tenho a mais absoluta certeza de que muitos juristas, quase todos mais ilustrados do que eu, também caminham na mesma direção: Apontar, fundamentadamente, o viés punitivo de um Anteprojeto de Código Penal que a sociedade brasileira não precisa e muito menos merece. ❖