

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

*José Antonio Paganella Boschi**

A garantia da individualização da pena, a despeito de sua importância teórico-prática ainda permanece à margem da atenção dos penalistas, preocupados com os problemas aparentemente mais complexos ou relevantes da teoria geral do delito.

Os operadores do direito, advogados e promotores de justiça, ao que noto, transmitem, outrossim, em suas vivências, a sensação de que a determinação da medida da pena é um assunto que interessa mais ao juiz e menos às partes, pois nem sempre se interessam pelo controle judicial impugnando a sentença, pela via do recurso, ainda quando, não raro, dela decorrem erros ou omissões graves.

Daí a razão para a aviventação do debate em torno dessa matéria.

Começarei o trabalho delimitando o conteúdo da garantia da individualização da pena; passarei, depois, a expor, com a preocupação de sistema, o método trifásico e suas regras legais e jurisprudenciais, com destaque para os precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; farei, depois, uma análise

*Desembargador no Rio Grande do Sul e Diretor da Escola Superior da Magistratura da Ajuris

desconstrutiva e crítica e, por último, analisarei as inovações, sobre o tema, no âmbito do Projeto de Reforma do Código Penal, já encaminhado ao Congresso.

Como é óbvio, nesse trabalho analítico, crítico, construtivo e reconstrutivo, meu desejo sincero é o de registrar as minhas impressões e de submetê-las à meditação e consideração de todos os que me honrarem com a leitura deste texto.

1. O significado da expressão “individualização da pena”

Ao enunciar no inciso 46 do artigo 5º que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as de privação ou restrição de liberdade, de perda de bens, de multa, de prestação social alternativa e de suspensão ou interdição de direitos, a nossa Constituição consagrou o princípio da individualização da pena que, na expressão de LUIZ VICENTE CERNICHIARO¹, propõe a necessidade de adaptação da pena ao condenado, consideradas suas características pessoais e as peculiaridades do delito.

Na compreensão da garantia da individualização da pena, os autores, de modo geral, limitam suas afirmações às fases em que a mesma exerce sua influência: as fases legal, judicial e de execução.

Dizem, então, que nessa primeira fase, a pena é individualizada, na lei, e isso ocorre mediante a observância, pelo legislador, quando do processo legislativo, daqueles critérios sociais, políticos, ideológicos, econômicos, etc. presentes nesse processo.

Como parece muito claro, a garantia da individualização da pena, protegendo o cidadão, atua, nessa fase, como um limite ao poder de criação do legislador, que, por exemplo, não pode, a

¹ CERNICHIARO, Luiz Vicente et alii, *Direito Penal na Constituição*, RT. 1990, p.98 e Seg.

seu bel prazer, revogar do Código Penal o artigo 121, que define o crime de homicídio ou simplesmente fazer desaparecer do texto do caderno punitivo o artigo 213 que contém a definição e a punição por estupro. A despenalização do homicídio e do estupro nos volveria ao período da barbárie, da qual os homens decidiram sair, pensando em nela jamais retomar, embora os tempos modernos possam a estar indicando exatamente o contrário.

Parece-me muito claro, que a mesma lógica protetiva, impede, por outro lado, que o legislador comine conduta de sanções cruéis, infamantes, desumanas, porque isso, a par de significar a negação do sentido proposto pela garantia da individualização da pena, que representou, como procurarei demonstrar, a lenta evolução da sociedade, também representaria uma opção pelos sistemas punitivos do passado, cuja lembrança mais eloqüente pode ser buscada na Idade Média, quando houve o consorciamento do Estado e da Igreja e, por causa dele, a caça às bruxas pelos tribunais da Inquisição.

Na segunda fase, denominada de judicial, a pena é individualizada na sentença, quando o juiz, então, provado o fato típico e tendo diante de si um indivíduo concreto - e não a figura estranha do homem médio como chegou-se a sugerir na doutrina estrangeira - operará dentro das margens penais abstratamente determinadas pelo legislador e apontará a justa medida da pena necessária aos fins sociais de retribuição e de prevenção geral e especial contra a criminalidade, como emerge da parte final do artigo 59 do Código Penal, muito embora as críticas que se possa fazer às teorias que os sustentam.

Na terceira fase, a garantia da individualização propõe que a execução da pena na quantidade e no regime fixados na sentença forneçam a longitude, a latitude e a profundidade para o início, o desenvolvimento e o esgotamento do processo executório, de modo a que o juiz venha a ser, nessa dinâmica, o diretor desse processo e também o primeiro fiscal contra os excessos e os desvios, configuradores de ilegalidades, suscetíveis de

apontamento e de erradicação, inclusive, em procedimento próprio, como consta, aliás, do texto da lei 7.210/84.

Em sua dinâmica, a garantia da individualização da pena constitui, portanto, segundo FIGUEIREDO DIAS, “um conjunto complexo de operações que envolve uma estreita cooperação - mas também uma separação de tarefas e de responsabilidades”² muito nítidas entre o legislador, de um lado, e os juízes da sentença e da execução, de outro, tudo conforme se extrai do sistema constitucional de competências que confere, ao primeiro, o poder para ditar os tipos penais e estabelecer as penas e, aos últimos, o de atuar no caso concreto para delimitar, objetivamente, o âmbito da efetiva intervenção do Estado nos direitos e na liberdade de seus cidadãos.

Eis porque ao estudarmos a garantia da individualização judicial da pena somos levados a associar, modo indisfarçável, como vasos comunicantes, outros princípios penais, como o da legalidade, o da irretroatividade das leis, o da culpabilidade, o da humanidade e o da proporcionalidade das penas, exatamente como propunha, quanto a este último, o grande marquês de BECCARIA, quando salientava que a quantidade das penas não deveria superar o necessário para a manutenção do “depósito da salvação pública”.³

A garantia da individualização da pena, na forma aqui examinada e do modo como a enunciam os penalistas, não é, entretanto, uma idéia que nasceu pronta, ao contrário do que pode parecer, pois ela expressa, em verdade, o resultado da longa e dolorosa evolução da humanidade desde as formações sociais antigas e *holistas* para as formações sociais modernas e *individua-*
listas.

² DIAS, Jorge Figueiredo, Direito Penal 2, Parte Geral – “As Conseqüências Jurídicas do Crime”, Coimbra. 1988, p. 299, textos da Faculdade de Direito de Coimbra.

³ BECCARIA, Dos Delitos e Das Penas, Hemus. SP., 1974, p. 15.

A propósito desses conceitos, LOUIS DUMONT⁴ ensina que uma formação social é holista (como a antiga formação grega ou a formação medieval) quando o valor está no todo da sociedade e, ao contrário, é individualista quando o valor supremo reside na parte, que é o indivíduo.

A primeira, a sociedade holista, é sociedade composta por pessoas fora-do-mundo; a última, a individualista, é sociedade composta de cidadãos, por indivíduos-no-mundo, o que indica o enorme abismo que as separa.

Noutras palavras, concepção individualista e moderna de sociedade significa, no dizer de NORBERTO BOBBIO⁵, que primeiro vem o indivíduo, o indivíduo singular, deve-se observar, que tem valor em si mesmo. Só depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado”.

Para citarmos o famoso artigo 2º. da Declaração de Direitos de 1789, sendo a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem “o objeto de toda associação política (...) O individualismo passa a ser a base filosófica da democracia, em que uma cabeça, vale um voto.

Ainda, no dizer de BOBBIO, o individualismo, “Como tal, se contrapõe (e sempre se contraporá) às concepções holísticas da sociedade e da história, qualquer que seja a procedência das mesmas, concepções que tem em comum o desprezo pela democracia, entendida como aquela forma de governo na qual todos são livres para tomar as decisões sobre o que lhes diz respeito e tem o poder de fazê-lo”.⁶

A longa e dolorosa passagem, a que antes me referí, produzindo a suplantação do holismo pelo individualismo conduz, ao

⁴ DUMONT, Louis, O Individualismo - Uma Perspectiva Antropológica da Ideologia Moderna, trad. Por Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985, pp. 34-42

⁵ BOBBIO, Norberto, A Era dos Direitos, Campus, 1992 pp. 60-61.

⁶ Idem, mesma página.

fim e ao cabo, à formulação da idéia de que individualização da pena é derivação do individualismo que, como realidade, encontra sua origem e sua base no racionalismo, no iluminismo e no contratualismo, com o paradigma da igualdade, que, deixando para trás as pessoas-fora-do-mundo, o absolutismo, as fogueiras da Inquisição, propiciou a delimitação do espaço do público e do particular, a criação do Estado, do homem artificial, incumbido de garantir e de proteger seus súditos, os homens de carne e de osso, como indivíduos-no-mundo!

Se formos olhar a primeira legislação posterior à Revolução Francesa, mesmo a vôo de pássaro, não teremos nenhuma dificuldade em constatar o quanto ela refletiu admiravelmente essa passagem. Embora assentado sobre um sistema de penas fixas, que confinava o juiz, como convinha aos magistrados de Napoleão, à mecânica função de aplicação do texto⁷, o Código Penal de 1791, numa outra guinada, constituiu a primeira reação aberta, direta e frontal ao direito penal do horror da Idade Média, de penas cruéis, desumanas e infamantes.

Mas, ainda na França, não as mudanças haveriam de continuar.

A percepção de que o Código de 1791 com seu sistema de penas fixas afrontava ao princípio da igualdade perseguido pela Revolução iluminista, pois, no dizer de MIR PUIGI⁸, ela “falta não só quando se tratam desigualmente os casos iguais, senão também quando se tratam igualmente casos desiguais”, culminaria por entregar aos franceses, logo em seguida, no ano de 1810, um novo Código, institucionalizando o sistema de margens penais e, finalmente, desengessando o juiz na função delimitadora do grau de intervenção punitiva do Estado.

⁷ BITENCOURT, Cezar R., Manual de Direito Penal, 5ª. ed., RT., 1999, p. 577.

⁸ MIR PUIGI, Santiago, Derecho Penal, Parte General, Tecfoto, Barcelona, 1998, p. 745.

Foi esse o sistema que ingressou em nosso país com o Código Imperial de 1830, que, graças aos ventos iluministas, haveria de substituir o direito penal das Ordenações, com base no qual muitos foram executados, dentre eles o grande Tiradentes.

Tal diploma, rompendo, às vésperas da República, com o nosso direito penal de terror, foi saudado como uma síntese das idéias liberais que varriam o continente europeu, a ponto de servir de paradigma quando da elaboração do Código Espanhol e de alguns Códigos Penais latino-americanos, conforme anotam JOSÉ CERZOMIR⁹ e RAUL ZAFFARONI¹⁰. Seu texto refletiria a formação jusnaturalista que seu inspirador, BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS, havia haurido em Coimbra, onde, no dizer de RUTH GAUER¹¹, predominou a preocupação com o novo espírito científico, bem retratado na Reforma Pombalina de 1772.

A revelar o caráter progressista e inovador do Código de 1830, consta que o grande jurista FIANZ MITTERMAYER teria aprendido português só para poder lê-lo no original!¹²

Conforme dispunha o artigo 63 do Código Imperial, quando não fosse prevista ao crime pena certa e determinada, o juiz, numa evidência da relativa flexibilidade, deveria considerar os três graus de censura previstos, o máximo, o médio e o mínimo, “em atenção às circunstâncias atravantes ou atenuantes”, sendo, na literalidade do texto, o grau máximo de “maior gravidade, a que se imporá o máximo de pena; o mínimo o de menor gravidade, a que se imporá a pena mínima; o médio o que fica entre o

⁹ CERZOMIR, José, Curso de Derecho Penal Español, 3ª. ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 107.

¹⁰ ZAFFARONI, Raul, Manual, p. 123, apud FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, Princípios Básicos, SP., Saraiva, 1986, p. 52.

¹¹ GAUER, Ruth, A Modernidade Portuguesa e a Reforma Pombalina de 1772, Edipucrs, Porto Alegre, 1996, p. 14 e seguintes.

¹² Idem, Influência da Universidade de Coimbra no Moderno Pensamento Jurídico Brasileiro, Rev. do MP. Do RS., vol. 40.

máximo e o mínimo, a que se imporá a pena do termo entre os extremos dados”.

Esse sistema, com algumas variações, evidenciadoras de relativo retrocesso, seria mantido pelo Código Republicano de 1890 (art. 62), prevendo graus intermediários de pena entre o médio e o máximo e o médio e o mínimo, quando presentes circunstâncias agravantes ou atenuantes qualificadas como preponderantes (parágrafo 2º. do art. 63) o que levou o grande PEDRO VERGARA a dizer, em candente crítica, que nesse Código, em verdade, “não era o juiz quem graduava a pena; também não era o criminoso que servia de objeto a essa graduação; a bem dizer, nem era o crime, *in concreto*, que oferecia as condições dessa dosagem; a soberania do direito penal, na sua adequação prática, que é a arte da aplicação da pena, era exercida, firme e hieraticamente, por esta deusa da medida, a aritmética”¹³.

Os sistemas de graus rígidos e inflexíveis de pena dos Códigos de 1830 e de 1890 seriam abandonados, definitiva e curiosamente, pelo regime autoritário do Estado Novo, em 1940, quando foi editado e promulgado o atual Código Penal com seu sistema de margens de pena, que confere ao juiz maior liberdade para considerar e fazer atuar os múltiplos fatores objetivos e subjetivos de influência, na individualização da pena na sentença.

Se a moderna garantia da individualização judicial da pena, como procurei demonstrar se mostra conciliável com qualquer sistema de penas arbitrárias ou fixas - pela absoluta impossibilidade de ajustamento da medida da intervenção punitiva do Estado ante fato certo e autor determinado - penso possível enunciar, desde logo, a minha inconformidade com a orientação jurisprudencial predominante nos tribunais superiores e que encontra adeptos no tribunal de justiça gaúcho, proibitiva da

¹³VERGARA, Pedro, Das Penas Principais e sua Aplicação, Rio, Boffoni Editora, 1948, p. 249.

progressão de condenados por crimes hediondos nos regimes de execução de pena.

A previsão na Lei 8.072/90 de execução, em regime inteiramente fechado, por qualquer crime hediondos, independentemente de quem tenha sido o autor, bate de frente com a garantia constitucional que estou examinando, na medida em que implica transferência das mãos do juiz para as do legislador dessa função, que é do Judiciário, de imposição da pena e do regime consoante às singularidades do fato e às características do autor.

Embora inicial oposição, já começo, também, a ver com bastante simpatia a tese originariamente articulada por JAMES TUBENCULAK¹⁴ - objeto de decisões no Tribunal de Justiça Gaúcho - que preconiza a possibilidade da individualização da pena, na segunda fase do método trifásico, abaixo do mínimo legal, muito embora o proibitivo enunciado 231 da Súmula do STJ. que, consoante estou procurando demonstrar, esbarra nessa idéia de que o pressuposto da individualização da pena é a consideração do fato e do autor e não de qualquer fato ou de qualquer autor.

Nesse sentido considero bastante interessante a proposta constante do Projeto de Reforma do Código Penal de acréscimo ao artigo 68 de dispositivo permitindo, “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa”, a redução da pena de um sexto até metade, quando o juiz constatar “desproporcionalidade entre a pena mínima cominada e o fato concreto”.

Aliás, penso possível dizer que num sistema jurídico-penal orientado pela culpabilidade do agente pelo fato mais consentâneo com o objetivo de salvaguarda das diferenças individuais e de resguardo da plenitude da garantia constitucional da individualização da pena o melhor seria a previsão junto aos

¹⁴TUBENCHLAK, Janes, Tribunal do Júri, Contradições e Soluções, Forense, Rio, 1991, p. 285.

tipos não de margens penas mínimas e máximas, como as que possuímos, porque igualmente engessadoras da atividade judicial, mas, isto sim, de penas só com quantidades máximas e não ultrapassáveis, especialmente considerando, como bem o diz FERRAJOLI¹⁵, em seu magnífico *Direito e Razão*, a propósito das penas privativas de liberdade, que o cárcere é uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extra-legal e extra-judicial, penosa e inutilmente aflitiva, e, ao mesmo em parte, lesiva para a dignidade das pessoas.

2. Método de individualização da pena

A discussão sobre o modo como a garantia da individualização da pena se expressa em termos práticos e objetivos foi muito intensa até pouco tempo atrás, dividindo-se intérpretes e operadores do direito em dois grupos: aqueles que, de um lado, advogavam a supremacia do método idealizado por ROBERTO LYRA e, de outro, aqueles que defendiam a supremacia do método construído por NELSON HUNGRIA.

Com o advento da Reforma da Parte Geral em 1984, o legislador, expressamente, fez sua opção pelo método NELSON HUNGRIA, também conhecido doutrinária e jurisprudencialmente como “método trifásico”. Assim estabelece, com efeito, o artigo 68 do CP: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Na determinação da medida da pena, como pode-se ver, há então o magistrado que levar em conta diversos fatores de influência, em fases distintas, para individualizar, primeiro, a base sobre a qual operará; depois, para apontar a pena provisória, e,

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razon*, editorial Trotta, 1997, p.413.

por fim, para estabelecer a medida final da pena tanto quanto possível correspondente à culpabilidade do agente pelo fato e não pelos fatos da vida, o que revelaria resquício de direito penal de autor, pois que esta funciona, no moderno direito penal, como fundamento e, ao mesmo tempo, como limite à intervenção punitiva do Estado.

Determinada a medida final da pena seguir-se-ão providências complementares, inerentes ao denominado método trifásico, como as que dizem com eventuais substituições da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; a concessão ou não do benefício da suspensão condicional da pena, a fixação do regime de execução e a manifestação expressa do juiz sobre a manutenção ou não do condenado na prisão, se a ela estiver recolhido cautelarmente.

A pena-base

Não há, como todos sabem, no Código Penal conceito de penabase (mesmo porque não é função da lei substantiva conceituar), ao contrário do que previa o art. 63 do Código Penal de 1969, revogado depois de longa *vacatio legis*.¹⁶

Como o próprio nome sugere, a pena-base é aquela que o juiz aplicaria, em definitivo, se não existissem causas legais de modificação definidas como agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes, de incidência obrigatória na segunda e na terceira fases do método trifásico (art. 68 do CP).

Pena-base, enfim, é aquela que atua como ponto de partida, ou seja, como parâmetro para as operações que se seguirão. A pena-base corresponde, então, à pena inicial fixada em concre-

¹⁶ “A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria, se não existisse a circunstância ou causa que importe o aumento ou a diminuição da pena”.

to, dentro dos limites estabelecidos *a priori* na lei penal, para que, sobre ela, incidam, **por cascata**,¹⁷ as diminuições e os aumentos decorrentes de agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes.

Pena-base possui, então, essa denominação porque atua como “... base para alguma coisa; é precisamente; sê-lo-á, dessa agravação ou atenuação. Como poderia o juiz proceder a um aumento ou diminuição sem um termo fixo, um ponto de partida? Sem essa função não há mister indagar de base: a pena seria, logo, a concreta, individualizada, em indagação de causas especiais ou circunstâncias comuns que influam na sua agravação ou atenuação. A pena-base, assim, surge como uma necessidade prática e vinculada à aplicação mesma do sistema. Ela se impõe como fundamento, ponto de partida de uma operação, unidade sobre que assentam ulteriores acréscimos ou diminuições”.¹⁸

O Código, no artigo 68, declara, simplesmente, que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59”. Como dos podem perceber, o dispositivo não indica ao juiz, explicitamente, os caminhos que este precisa percorrer para transformar o ideal de proporcionalidade entre crime e pena, aos fins de retribuição e da prevenção, em algo concreto e palpável, enfim, para que, pela pena, a sociedade se considere compensada e, ao mesmo tempo, disposta a receber de volta, em seu meio, o faltoso, criando-se, assim, a falsa impressão de que o assunto é singelo e não exige maiores considerações.

Como advertem ZAFFARONI & PIERANGELI, uma abordagem incompleta ou superficial na determinação da pena base, com todos os reflexos posteriores, pode levar o intérprete ou

¹⁷ Nesse sentido: “Fixada a pena-base, após consideradas as circunstâncias judiciais, será a mesma elevada ou reduzida se existentes agravantes ou atenuantes e sobre o **quantum** apurado operar-se-ão os acréscimos ou minorações relativos às causas de aumento ou diminuição reconhecíveis” (Apelação Criminal nº 27.637, 1ª Câmara Criminal do TJSC, Brusque, Rel. Des. Márcio Batista, 16.09.91, Publ. no DJESC nº 8.3 71 - p. 13 - 05.11.91).

¹⁸ DUARTE, José. Aplicação da Pena - Pena-Base - Inteligência do art. 50. *Revista Justitia*, São Paulo, vol. 4, p. 109, 1942.

aplicador da lei ao campo dos abusos, já que as “*margens penais*” possibilitam acentuada amplitude e podem eventualmente converter, como ambos afirmam, o arbítrio judicial em verdadeira arbitrariedade¹⁹.

Desse modo, insta indagar: de que variáveis se utiliza o julgador para individualizar a pena-base? Perguntando de outro modo, qual o caminho que precisa percorrer? Que princípios e regras deve seguir?

Não é preciso voltar a insistir que o tema, pela excepcional relevância, justifica-se por si mesmo, pois se relaciona com as garantias fundamentais do indivíduo.

Visando responder a essas perguntas, a jurisprudência gaúcha, seguindo, nesse passo, a orientação dos tribunais superiores, propõe que a determinação da pena-base se verifique mediante a adoção de fundamentos claros e de critérios explícitos e por isso recomenda que o juiz, depois de concluir pela culpabilidade do acusado, valore isolada e depois conjuntamente as oito circunstâncias apontadas no artigo 59 para, a seguir, declarar a concreta medida da pena-base do seguinte modo:

1) se as circunstâncias forem em seu conjunto axiologicamente consideradas como positivas, a pena-base deverá ser individualizada no mínimo legal, pela tendência dos países do mundo moderno de fixarem a pena na direção do mínimo;

2) se algumas delas forem desfavoráveis ao acusado, a pena deverá distanciar-se um pouco do mínimo e

3) por fim, se o conjunto for desfavorável, a pena-base poderá ser individualizada na direção do termo médio - que é o resultado da soma do máximo com o mínimo cominados em abstrato e sua divisão por dois.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2.ed., São Paulo: RT., 1999, p. 825.

Essa recomendação, conquanto útil, é suscetível de crítica, pois, como pode-se ver, implica em procedimento de singela contagem e percentualização do conjunto valioso ou desvalioso das circunstâncias judiciais, quando, em verdade, no centro da discussão, deveria ser posicionada (ou reposicionada), isto sim, a culpabilidade do agente, que é o dado que fundamenta e ao mesmo tempo limita a intervenção punitiva do Estado.

Desse modo, os antecedentes, a conduta, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime atuam não em nível idêntico de importância mas como meras coadjuvantes da culpabilidade para possibilitarem a plena identificação dos níveis de imputabilidade, da maior ou menor consciência da ilicitude do agente e da maior ou menor possibilidade que tinha, nas circunstâncias do momento, de não agredir a lei e de conformar sua conduta com a ordem jurídica.

Penso, outrossim, que a recomendação pretoriana, propiciando a valoração individual de cada circunstância judicial em paritária importância com a culpabilidade implica em violação à regra do *ne bis in idem* porque, em verdade, todas as questões de enquadramento possível no âmbito dos antecedentes, da conduta, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, já integram o conjunto de questões de exame obrigatório no âmbito da imputabilidade, da consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa, que são os elementos da culpabilidade.

A pena provisória

Na segunda fase do método trifásico incidirão, eventualmente, causas legais de modificação da pena-base, denominadas de agravantes e atenuantes.

Tais circunstâncias são *legais, genéricas, obrigatórias e taxativas*, salvo as atenuantes inominadas, conforme decorre do artigo 66

do CP., que autoriza abrandamento de pena em razão de razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, mesmo não prevista em lei.

São *legais*, porque, regidas pelo princípio da legalidade, devem estar expressas na lei, como ocorre nos artigos 61 a 65 do CP.

São *genéricas*, porque aplicáveis, indistintamente, a todos e quaisquer crimes dolosos, exceto a agravante da reincidência, que determina aumento da pena nos crimes culposos²⁰, pois a mesma é objetiva em essência e desvinculada do crime em si.

São, ainda, *taxativas*, porque, como decorrência do antes citado princípio da legalidade das penas (art. 1º do CP e art. 5º, inciso XXXIX, da CF), não comportam ampliação ou extensão, salvo as atenuantes inominadas ou meramente enunciativas, previstas no artigo 66.

Por fim, são *obrigatórias*, porque, na linguagem do Código (arts. 61 e 65), o juiz, ao constatá-las, tem o dever de considerá-las a não ser quanto às agravantes que simultaneamente atuem como elemento do tipo ou qualificadora.

De todas as questões suscetíveis nessa fase a que mais importa analisar é a que diz com a mensurabilidade da agravante ou atenuante.

Com efeito, exame menos atento ou cuidadoso da lei penal, notadamente do artigo 68, pode sugerir a ausência de qualquer critério ou diretiva explícita e específica de mensuração, que

²⁰ STF, Rel. Min. Djaci Falcão, in RT 592/412 e Jutacrim 55/269.

“... Não obstante a corrente afirmação apodítica em contrário, além da reincidência, outras circunstâncias agravantes podem incidir na hipótese de crime culposos: assim, as atinentes ao motivo, quando referidas à valoração da conduta, a qual, também nos delitos culposos, é voluntária, independentemente da não voluntariedade do resultado: admissibilidade, no caso, da afirmação do motivo torpe - a obtenção de lucro fácil - que, segundo o acórdão condenatório, teria os agentes ao comportamento imprudente e negligente de que resultou o sinistro. Sempre que a conversão da pena de prisão em restrição de direito ou o seu cumprimento em regime inicial sejam, em princípio, legalmente admissíveis, a negativa de uma ou do outro há ser idoneamente motivada...” (Habeas Corpus nº 70362-3, STF, Rel. Min. Sepúlveda Perence, j. 05.10.93, maioria, Informativo STF 17.04.96, nº 26).

permita a tradução, em concreto, com um mínimo de segurança, daquele ideal de proporcionalidade (necessidade e suficiência) apontado pelo legislador no art. 59.

Nesse sentido o Código Penal de 1969, conforme lembram RUY ROSADO DE AGUIAR JR.²¹ e HELENO FRAGOSO²² era em relação ao atual bem superior, pois determinava que o aumento ou a diminuição devia fazer-se entre um 1/5 e um 1/3 da pena-base. Ou seja, o citado Código confinava a quantidade certa pelos acréscimos e as reduções dentro dos limites variáveis estabelecidos *a priori* pelo legislador e sempre calculados sobre a pena inicial.

No atual texto do Código não há, todavia, qualquer regra semelhante, e do artigo 68, aliás, como dissemos, parece defluir comando de que o critério de necessidade e suficiência só disciplina a individualização da pena-base.

A doutrina, salvo exceções, tem contribuído pouco para iluminar o caminho, na medida em que direciona sua análise ao conteúdo das circunstâncias em si, não penetrando no interior do método trifásico como sistema, do qual pensamos poder extrair o referencial necessário para responder à questão suscitada.

Na ausência de critério explícito, ALBERTO FRANCO, um dos melhores penalistas brasileiros da atualidade, chegou, por isso, a afirmar que a mensuração da agravante ou atenuante se incluiria no *“livre arbítrio do juz, tendo em conta o caso concreto e a personalidade do agente”*²³.

ZAFFARONI & PIERANGELLI não seguiram caminho diferente, quando disseram que por não fixar a lei *“... nenhuma*

²¹ Op. cit., p. 12.

²² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, A nova Parte Geral*. 8.ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 343..

²³ FRANCO, Alberto. *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, São Paulo. RT, 1995, p.752.

quantia” será a “... **prudência judicial**” que levará “... a pena-base estabelecida na primeira etapa, a se inclinar para mais ou para menos”²⁴.

Com a devida vênia, não vejo como aceitar os enunciados desses eminentes penalistas, a começar pela absoluta indeterminação de prudência e de livre arbítrio.

Reconhecer que a pena possa ser imposta sem critérios claros (e lembro que DESCARTES no Discurso de Método já ironizava a propósito da prudência quando afirmava que cada um tem bom senso e que esta virtude é “a coisa mais bem distribuída do mundo”²⁵) implicaria em correr riscos no plano da intervenção do Estado na esfera dos direitos individuais.

Implicaria, ainda, em reconhecer a possibilidade de realização de julgamento ao sabor das circunstâncias, com outro risco, o de projeção, pelo na sentença, dos tumultos interiores do magistrado, para usar frase empregada no passado por ROBERTO LYRA.²⁶

Urge que se encontre, destarte, outro caminho, que permita apontar critérios claros e objetivos, não só para que as partes possam eventualmente impugnar a atividade judicial mas, ainda, para que a coerência fique preservada em todo o procedimento de individualização da pena, como é próprio em qualquer sistema.

Ora, é evidente que a pena proporcional (“necessária e suficiente”, na dicção do Código - art. 59) não é só a pena-base, mas também as penas provisória e definitiva ...).

Preocupados com o problema, LUIZ RÉGIS PRADO e CÉZAR BITENCOURT propuseram, pois, que a quantificação da **agravante** ou **atenuante** não extrapolasse o limite de um sexto da própria pena-base.

²⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELLI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*. 2.ed., São Paulo: RT, 1999, p. 831.

²⁵ DESCARTES, René, *Discurso do Método*, Martins Fontes, 1989, p. 5

²⁶ LYRA, Roberto, *Comentários ao Código Penal*, Rio, Forense, 1942, p.153

“Caso contrário”- afirmaram - “as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena que”, como acertadamente concluem, “apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes)”²⁷.

Essa é, também, a recomendação que faz SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA²⁸

Em muitas oportunidades manifestei simpatia por essa proposição, pois, com ela, tem-se, objetivamente, um teto não ultrapassável, de modo que o mínimo de agravação ou atenuação passa a ser o de um dia de reclusão ou detenção e o máximo a fração de 1/6 da própria pena-base individualizada para o crime. O *quantum* correspondente à agravante ou atenuante não é determinável *a priori*, portanto, pois seu conhecimento dependerá, necessariamente, do conhecimento prévio da pena-base individualizada para o crime em questão.

Embora a fração de 1/6 da pena-base possa ser aceita como um bom critério, permanecerá, todavia, sem resposta a pergunta que poderíamos formular neste momento: enfim, sendo o critério fracionário em essência variável, quanto, especificamente, de agravação ou atenuação o juiz considerará dentro dos limites de 1 dia a 1/6 da própria pena-base ?

O critério fracionário de 1/6, doutrinariamente recomendado, fornece-nos condições de apontar, como estamos destacando, o máximo possível de pena que pode ser acrescentado ou descontado da pena-base, mas não nos diz, enfim, como estabelecê-la na quantidade certa dentro dos extremos referidos.

Seria defensável a afirmação de que o que deve imperar aqui é a *prudência do juiz* ?

²⁷ PRADO, Luiz Régis & BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado e Legislação Complementar*. São Paulo: RT, 1997, p. 320.

²⁸ SHECAIRA, SÉRGIO Salomão. Cálculo de Pena e o Dever de Motivar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCrim*, v. 6, p. 167.

A matéria não vem merecendo nesse ponto a devida atenção.

A particularidade ao invés de dispensar obriga-nos a apontar critério objetivo que enseje o controle do juiz e que permita às partes conhecer e impugnar menos a *arte* e sim a *técnica* perfilhada pelo aplicador da pena.

Lembro, por isso, antes de mais nada, que o juiz, ao individualizar a pena-base no mínimo legal, no ponto intermediário entre o mínimo e o termo médio ou, finalmente, na direção desse ponto extremo, o que faz é traduzir, em termos objetivos, o próprio grau de culpabilidade mínima, média ou máxima.

Ora, se a despeito da redação dada ao artigo 59 do CP. incumbe-lhe perseguir a pena *final* necessária e suficiente jamais superior ao grau de culpabilidade do agente pelo fato segue-se, então, em nome da unidade e da coerência interna do sistema, que é esse grau de culpabilidade, associado às razões íntimas da agravante ou da atenuantes²⁹, que presidirá o processo de concreta determinação das quantidades correspondentes às agravantes e atenuantes, sempre respeitados, como salientamos antes, os limites extremos de um dia e de 1/6 de pena-base.

²⁹ É correto dizermos que o juiz, ao individualizar a pena provisória, terá que investigar e sopesar as circunstâncias pertinentes a partir da razão íntima que as fundamenta (conteúdo do injusto) e que, só depois disso, é que procederá à mensuração propriamente dita. Por exemplo, a reincidência atua como circunstancia legal de agravamento da pena não só porque o agente pode estar revelando certa tendência para o crime, é certo, mas, ainda, porque, com a prática da nova infração, está demonstrando ineludivelmente seu desprezo para com a solene advertência proveniente da condenação anterior, que o obrigava, mais do que a qualquer outro, a respeitar o dever-ser da norma jurídico-penal. Desse modo, o maior ou menor número de condenações definitivas será um dado de relevo porque expressará o maior ou menor desprezo do agente para com o citado dever; é, por outro lado, a hipossuficiência a razão íntima da circunstância que autoriza o abrandamento da pena do velho. Outrossim, será a incompleta formação da personalidade a causa da atenuação da pena do menor de vinte e um anos de idade. É a profunda insensibilidade moral, por fim, que está presente na motivação, o que justifica o agravamento da pena de crime cometido por motivo fútil, e assim por diante. Entretanto, quanto mais idoso for o velho, maior será a consideração que deverá ter do direito penal pelo crime que vier a cometer; já o menor que estiver em vias de alcançar a maioria civil estará presumivelmente em melhores condições do que aquele que recém completou 18 anos na compreensão da ilicitude do fato e na exigibilidade de agir de

Logo, na esteira do que já afirmei, se, do exame dos elementos da culpabilidade, a censura tiver sido graduada em níveis que, didaticamente, classificaria de mínimo (produzindo pena-base no mínimo legal ou próximo dele), de médio (produzindo pena-base um pouco acima desse limite) e de máximo (produzindo pena-base próxima do termo médio), a quantificação da agravante ou atenuante, aqui também considerado o conteúdo do injusto, as razões de política criminal e a fração máxima de 1/6, precisará corresponder a tais níveis.

Dizendo de outro modo: fixada a pena-base no mínimo ou próximo dele, por ser mínimo o grau da culpabilidade, a mensuração da agravante, consoante proponho, não deverá ser, em princípio, intensa, ao contrário da mensuração da atenuante.

Outrossim, culpabilidade extrema justifica agravação intensa e atenuação mínima, só sendo possível a compensação de cir-

modo a preservar a ordem jurídica. Então, sendo inequívoco afirmar que o conteúdo do injusto da circunstância ou as razões de política criminal influem decisivamente na mensuração do valor da circunstância, também é correto dizer que esse critério não é exclusivo, porque, se o fosse, poderia implicar desprezo do princípio de que é a culpabilidade, em verdade, o parâmetro reitor que disciplina a quantificação da pena. Um exemplo singular ilustra melhor o nosso pensamento: se a pena provisória do reincidente fosse graduável só a partir do conteúdo do injusto da agravante, dispensadas considerações em tomo da culpabilidade, não haveria a menor dúvida de que a pena provisória do criminoso habitual se elevaria em proporção ao número de infrações, de tal modo que haveria o risco de se equiparar, pela influência de uma circunstância, a pena provisória à pena-base, quando esta é determinada sob a influência de múltiplas circunstâncias. Seguindo esse critério, o juiz poderia cometer injustiça na individualização da pena impondo reprimenda em quantidade superior à da culpabilidade, porque o multirreincidente pode cometer eventualmente um crime em situação de absoluta favorabilidade. Por exemplo, ao agredir alguém depois de reiterada e injusta provocação, o acusado será suscetível de censura mais branda que a que ficaria sujeito se, pelo reverso, ele próprio tivesse sido o provocador, pretextando situação de legítima defesa. Nesse exemplo, a reiteração criminosa, devida em grande parte à intensa contribuição da vítima, não poderá ser considerada tão severamente, como se fosse o produto final da intencional deliberação do agente de menoscabar as solenes advertências defluentes das anteriores condenações. O indivíduo que praticar o crime e espontaneamente dirigir-se à Delegacia para narrar o fato à autoridade, por outro lado, fará jus, é certo, à pena mais branda, porque estará demonstrando arrependimento e desejo de colaborar com a ação da Justiça.

cunstâncias em concurso em caso de culpabilidade graduada no termo médio, o que implicaria, também, a necessidade de revermos a regra do art. 67 do CP.

Não ficaria surpresos se alguém argumentasse que a proposição acima esbarra na proibição do *ne bis in idem* pelo suposto repristinamento na segunda fase do método trifásico do exame das circunstâncias judiciais já realizado na fase anterior.

Para que a surpresa não gere a dúvida é necessário faço, nesse ponto, então, um breve esclarecimento, começando por insistir que na dosimetria da pena provisória, o juiz não terá que voltar a se pronunciar sobre cada uma das circunstâncias judiciais pois que isso, sem dúvida, a par própria inutilidade da repetição, implicaria em deslocar para a segunda fase circunstâncias próprias da fase anterior.

O que o magistrado deverá fazer, isto sim, é graduar a agravante ou atenuante no mesmo grau da culpabilidade proclamado na fase anterior (gerador de pena-base no mínimo cominado, no ponto intermediário entre o mínimo e o termo médio ou na direção deste) para, simplesmente, resguardar o princípio de que a culpabilidade limita a punição e, desse modo, continuar perseguindo a *pena final* necessária e suficiente (proporcional), como determina-lhe o art. 59.

Não fosse assim, seria de perguntar: eleita a culpabilidade como critério reitor haveria preservação da coerência se a pena-base ficasse no mínimo e a agravação produzisse pena provisória elevadíssima? Ou, noutra hipótese, se a pena-base fosse individualizada no termo médio e a atenuante, a despeito disso, a trouxesse para o mínimo abstratamente cominado? Ao meu sentir, a resposta só poderia ser negativa.

Em comentário sobre esse ponto, NELSON FERRAZ, lembrando HUNGRIA, disse que não via qualquer óbice à conclusão a que chegamos e, ao escrever sobre o antigo artigo 42 do CP., sede das circunstâncias judiciais, alertou, com absoluto acerto, que o parâmetro para a mensuração da pena provisória, em verdade,

não decorria das circunstâncias isoladas constantes desse artigo. mas, isto sim, do grau de aumento determinado pelo conjunto³⁰.

Em conferência pronunciada no Painel Sobre a *Aplicação* da Pena, no Curso de Aperfeiçoamento para Magistrados, realizado nos dias 27 e 28 de julho de 1989, o Desembargador LADISLAU FERNANDO ROHNELT, uma das figuras mais ilustres da magistratura gaúcha, chegou à mesma conclusão, ao asseverar que a influência das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP “*estendem-se ao longo de todo o trabalho judicial de determinação da pena*”,³¹ sem ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, porque o juiz, nas etapas seguintes, não repristina a avaliação de cada circunstância judicial, mas limita-se a se apoiar no grau da culpabilidade determinado pelo seu conjunto.

c) majorantes e minorantes

Na última fase do método trifásico cumprirá ao juiz, a teor do art. 68 do CP., considerar na sentença, com igual fundamentação, a eventual incidência de causas especiais de aumento ou diminuição, que podem, ao contrário das agravantes e atenuantes, elevar a pena final acima do máximo ou trazê-la aquém do mínimo previstos em abstrato.

³⁰ FERRAZ, Nelson. Dosimetria da Pena. Comentários e Jurisprudência do TJ de SC. *Revista Foretise*, v. 277, p. 368

³¹ “Não seria exato compor que, uma vez encontrada a pena-base, saiam de cena e que o juiz não mais se importe com elas. Pois, não estabelecendo o Código qual seja o valor numérico da agravante ou da atenuante, não dizendo quanto vale uma agravante em tempo de prisão a mais ou quanto vale uma atenuante em tempo de prisão a menos, como o fizera o Código de 1969, que prefixara a agravação ou a atenuação entre 1/5 e 1/3, é o juiz que deverá quantificar a agravante ou a atenuante. Nessa quantificação da circunstância o juiz há de ser o primeiro a se prevenir contra o próprio arbítrio, sempre lembrado que seu arbítrio é vinculado ou regulado: para isso torna a considerar as circunstâncias judiciais, encarando as agravantes com maior vigor, se elas indicarem uma tendência majorada, ou ponderando a atenuante com mais simpatia e tolerância, se aquela tendência for abrandadora” (Aplicação da Pena, Circunstâncias Judiciais, texto não publicado, gentilmente cedido pelo autor).

Essas circunstâncias aparecem na Parte Geral e na Parte Especial do Código e não suscitam dificuldade de aplicação quando a pena provisória, sobre a qual incidirão, deva ser exasperada ou reduzida em quantidade fixa, como ocorre, por exemplo, com a hipótese do parágrafo 4º. do artigo 121 do CP., que ordena o aumento da pena em 1/3 quando o homicídio culposo for decorrente de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício.

A questão torna-se um pouco mais complexa, entretanto, por não haver dispositivo legal apontado o caminho, quando o aumento ou diminuição da causa especial tiver que ser determinado pelo juiz dentro dos limites pré-estabelecidos pelo legislador, o que ocorre, por exemplo, no roubo com emprego de arma, em que a pena precisa ser aumentada de 1/3 até 1/2 ou no homicídio privilegiado em que a pena pode ser reduzida de 1/6 até 1/3.

É evidente que o juiz - como ocorre na segunda fase não pode agir sem critérios, não é livre para anunciar ou quantificar majoração ou minoração como bem entender, ao sabor do momento, porque, se isso viesse a acontecer, o processo de individualização da pena, além de arbitrário e inseguro, acabaria sendo o resultado da pura criação mental do magistrado.

Sendo correto afirmar que a quantificação da causa especial de aumento ou diminuição pode ser determinada a partir da sua razão de ser (variações do injusto), não me parece menos correto afirmar que dita quantificação possa processar-se desatrelada do **grau de culpabilidade determinado na primeira fase** do método trifásico, do mesmo modo como, um pouco antes, sustentamos ocorrer na determinação da pena provisória.

Destarte, em caso de reprovação mínima, (conclusão a que se pode chegar após o exame dos elementos da culpabilidade, como visto anteriormente), produzindo quantificação de pena-base junto ou próxima ao mínimo legal, em princípio, entendemos que a exasperação, em nome da coerência, precisa ser mínima. ao passo que o abrandamento, deva ser o maior possível,

para que a pena definitiva possa, desse modo, se aproximar do limite (inferior ou superior), indicado pela culpabilidade.

Em caso de reprovação média, as modificações da pena, em razão de ma orantes ou minorantes, devem se aproximar ou se equiparar.

Finalmente, em caso de reprovação máxima, a exasperação deve aproximar-se do limite indicado pelo teto, ao passo que a diminuição precisa inclinar-se na direção do limite oposto (o piso).

Com isso, manifesto, desde logo, nossa resistência ao emprego, na jurisprudência, aos efeitos da mensuração das majorantes e minorantes, de critérios exclusivamente objetivos, como os do *iter criminis*, para a tentativa, o do número de crimes ou de vítimas, para o concurso formal e o crime continuado e o do número de participantes ou espécie de armamento para a quantificação da majorante do roubo.

Para demonstrar que a adoção de critérios puramente objetivos pode conduzir a resultados desastrosos na busca da pena final proporcional à culpabilidade basta poucos exemplos:

O indivíduo que, por instigação, provocação ou desafio, sacar da arma, atirar e ferir a vítima em zona nobre do corpo, só não a matando em razão do imediato e eficiente socorro, poderá vir a receber a pena do crime consumado com a redução só de 1/3 por ter percorrido todo o *iter criminis*, ainda que sua ação tenha sido em parte decorrente da instigação, da provocação ou do desafio, minando-lhe a determinação de manter-se obediente à ordem jurídica.

Como todos sabemos, a instigação, a provocação ou a aceitação de desafio impedem a configuração da legítima defesa,³² pela presunção de que o agente não se encontra na situação-limite de matar para não morrer.

³² "Não pode alegar a excludente da legítima defesa o agente que, aceitando o desafio, a provocação, parte para a contenda. Recurso desprovido" (Apelação Criminal n° 32.067, 1ª Câmara Criminal do TJSC, Itajaí, Rel. Des. Solon D'Eça Neves, 08.11.94).

Mas é inegável que na modulação da pena da tentativa muito menos que o *iter criminis* no exemplo dado há que imperar o grau mínimo de culpabilidade do agente, que apuramos facilmente ao constarmos a instigação, a provocação ou o desafio da vítima.

Quem decide abandonar a conformação da vida com o direito para agredir o adversário provocador age, sem dúvida, em situação favorável sob o ponto de vista da reprovação social - pelo enfraquecimento das resistências - e como tal precisa ser responsabilizado, independentemente da natureza ou da sede do ferimento produzido, noutras palavras, do *iter criminis*.

A questão tem a ver, pois, com um dos elementos da culpabilidade (o poder-agir-de-outro-modo) e não, *data venia*, com aspecto meramente objetivo e estranho à ação do criminoso.

A não ser assim, aquele que sacar a arma imbuído da nítida e clara determinação de liquidar com o inimigo e que não conseguir acertar o alvo em razão da intervenção de terceiros - muito embora a intensa e clara determinação de produzir o resultado morte - poderá ser beneficiado com a redução máxima de 2/3 prevista para a tentativa, se continuarmos valorizando, exclusivamente, o critério autônomo do *iter criminis*, *benefício* que não alcançaria aquele que quase mata a vítima depois de longa e insistente provocação.

Outro exemplo: O indivíduo que causa um abalroamento e lesiona cinco passageiros de outro veículo, em situação de culpa concorrente, teria de ser sancionado, na terceira fase, com o máximo percentual previsto no artigo 70, se unicamente o critério do número de vítimas incidisse na mensuração da majorante do concurso formal.

Ora, ignorada a culpa concorrente e, como consequência dela, a culpabilidade mínima pelo fato em si, consagrar-se-ia indisfarçável injustiça ao motorista em relação a outro que, no trânsito, abalroasse outro veículo com culpa exclusiva e lesionasse o mesmo número de vítimas! Parece-nos desarrazoado que dois motoristas causadores de acidentes no trânsito com igual quanti-

dade de vítima - mas diferentes graus de culpabilidade - possam vir a ser sancionados com penas idênticas!

Em suma, eis aqui a tese que proponho à consideração dos senhores, na dosimetria das causas especiais de aumento de pena variáveis - da Parte Geral ou da Parte Especial - incluídas as hipóteses da tentativa, do concurso formal ou do crime continuado, o juiz, é claro, considerará a razão íntima da circunstância ou as razões de política criminal, mas não poderá desprezar, como critério concorrente, o grau da culpabilidade do acusado por ele aferido quando do apenamento básico, do mesmo modo como procede na quantificação das agravantes e atenuantes, na fase anterior.

Como dissemos, tal proposição resguarda se ajusta à idéia de que ao juiz incumbe encontrar a pena final proporcional à culpabilidade do agente pelo fato e, ao nosso ver, enseja a preservação, na sentença, das diferenças inerentes a cada acusado, única condição para a realização da Justiça Distributiva, consoante se acha cristalizada no art. 29 do CP.

d) O Projeto de Reforma do CP

O projeto de reforma do CP, preserva o sistema trifásico mas, ao meu sentir, faz algumas inovações para pior.

Assim, por exemplo, no tocante ao artigo 59 do CP. passa a declarar, como variáveis de influência, na determinação da pena-base, os antecedentes e a reincidência (quando ambas as variáveis pertencem, em verdade, a um mesmo universo) e afirma que o juiz, além da culpabilidade e das “condições pessoais do acusado”, deverá levar em consideração as “oportunidades sociais a ele oferecidas”.

Com isso, adota, ao meu sentir, modo expresso, a teoria da co-culpabilidade, aventada por ZAFFARONI, segundo a qual o maior ou menor âmbito de determinação individual pode resultar de causas sociais, teoria que merece mais longa e detida refle-

xão, especialmente considerando a realidade sócio-econômica de nosso país e a ausência do Estado no fornecimento de padrões mínimos de bem-estar a parcela significativa da população, que não pode vir a ser, de repente, pretexto para a prática de crimes.

O projeto, que é, aliás, extremamente punitivo, aliás, pois acaba com o regime aberto, extingue o sursis, aumento os prazos para a progressão e o livramento condicional, revela, por fim, a incompreensão de seus autores com o significado da garantia da individualização da pena.

Na redação que pretendem dar ao artigo 59, por exemplo, afirmam, redundantemente, que o juiz estabelecerá a espécie e quantidade de pena aplicável “conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena” quando deveriam afirmar que esse estabelecimento é para que a pena alcance suas finalidades institucionais.

Ora, estabelecer a pena e individualizá-la, no fundo, como parece-me ser muito claro, é tudo a mesma coisa.

A revelar, também certa incompreensão quanto ao relevante papel da culpabilidade, o Projeto, na redação ao inciso II do artigo 44 nivela-a com as “demais circunstâncias judiciais”, no condicionamento da suficiência para a substituição da pena de prisão por restritivas de direito quando, em verdade, a culpabilidade atua como fundamento ou, como diria ROXIN, como barreira não ultrapassável na determinação do limite de intervenção do Estado na esfera dos direitos do indivíduo³³.

³³ ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Vega, Lisboa, 1986, p. 46.