

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA À LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Victor Augusto Estevam Valente*

RESUMO

O presente artigo tem o desiderato de propor reflexões dogmáticas e de política criminal sobre a individualização da pena à luz do direito penal brasileiro, enfatizando a sua evolução legislativa no desenrolar dos diversos textos penais, em particular sob o ângulo do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Projeto de Reforma do Código Penal de 1940). Discorre-se sobre o desenvolvimento histórico e conceitual da teoria da pena. Faz-se a perquirição dos princípios constitucionais penais atinentes à culpabilidade e a individualização da pena. Pondera-se sobre o aprimoramento legislativo e dogmático da individualização da pena no cenário penal nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Individualização da Pena; Culpabilidade; Código Penal de 1940; Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012.

* Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor assistente do Curso de Pós-graduação (Lato sensu) em Direito Penal e Processual Penal da PUC-SP (Cogeae). Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas de Ciências Criminais da PUC/SP. Advogado.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Teoria da pena. 1.1. Escorço histórico e etimológico. 1.2. Conceito, fundamentos e finalidades. 2. Individualização da pena e princípios constitucionais penais correlatos. 3. Individualização da pena no direito penal brasileiro. 3.1. Doutrina e legislação. 3.1.1. Instituições indígenas e Ordenações do Reino. 3.1.2. Código Criminal do Império de 1830. 3.1.3. Código Penal Republicano de 1890. 3.1.4. Consolidação das Leis Penais de 1932. 3.1.5. Texto original do Código Penal de 1940. 3.1.6. Código Penal de 1969. 3.1.7. Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940. 3.1.8. Projeto de Lei do Senado nº 236, 2012. Conclusões. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Historicamente, a pena desponta como um “*mal necessário*”, conquanto seja reputada uma “*fórmula nebulosa*”, mormente no que diz respeito a sua *proporcionalidade* e *individualização*.¹ Sob a ótica do direito penal, traz em seu bojo concepções míticas de *vingança* e *castigo*, cuja força simbólica ainda perdura nos conjuntos sociais da contemporaneidade.

Nessa senda, a tendência penal hodierna radica em afastar da pena sua preponderante carga de represália, porquanto em tal particularidade subjaz um fundo emocional e sentimental, chegando a obstaculizar a racionalização da intervenção punitiva.

Na medida em que a sociedade evolui no tempo, a experiência humana procura tornar as penas cada vez mais dignas e menos cruéis, conferindo maior amplitude à humanização do infrator, mas com o resguardo dos parâmetros do *jus puniendi* do Estado Democrático de Direito, em consonância com a *dignidade da pessoa humana* e os *direitos fundamentais*.

¹ Preconiza Francesco Carrara: “A proporção aritmética correspondente à etimologia da palavra pena, deriva de pendere. A pena não é senão uma troca de valores. É a moeda com que se paga o delito. *Poena*, disse PAPINIANO (leg. 41, ff. de poenis), *est aestimatio delicti*. Mas esta fórmula, abstratamente verdadeira, com muita frequência se tornou falsa na aplicação, pelo errôneo critério estimativo. E êste jamais se poderá deduzir de condições extrínsecas do delito, que não lhe aumentem nem a força física, nem a força moral. O preceito de que a pena deve ser proporcionada ao delito converteu-se, comumente, em uma fórmula nebulosa. Todos vêem o nevoeiro; todos dizem que há nevoeiro; mas quando se procura o que existe atrás dele, onde a vista de um crê descobrir uma árvore, a de outro vê um campanário [...]” (CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. Parte Geral. Vol. II. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 149-51, grifo do autor).

Destarte, ganha terreno o *princípio da individualização das penas*, conseqüência do *princípio da culpabilidade* (em seu sentido político criminal e de delimitação do *jus puniendi estatal*), perfazendo-se uma *culpabilidade individual*, haja vista que cada infrator faz jus a uma pena individualizada e proporcional ao delito perpetrado, rechaçando-se sua padronização “*mecanizada*” ou “*computadorizada*”.

Nesse contexto, a presente incursão tem o escopo de propor reflexões dogmáticas e de política criminal sobre a individualização da pena à luz do direito penal brasileiro, enfatizando os fundamentos de sua evolução legislativa nos mais diversos textos penais até então elaborados, em especial sob o ângulo do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Projeto de Reforma do Código Penal de 1940).

Discorrer-se-á acerca do desenvolvimento histórico e conceitual da teoria da pena. Faz-se a análise dos princípios constitucionais penais concernentes à individualização da pena, reconhecendo a existência de uma cadeia principiológica que parte da *dignidade da pessoa humana* e da *culpabilidade* rumo à própria *individualização* da sanção penal.

Por derradeiro, pondera-se sobre o desenvolvimento histórico da atividade legislativa no cenário jurídico-penal brasileiro, perquirindo os contornos da pena e de sua individualização sob a égide dos mais variados códigos e projetos penais erigidos no direito pátrio.

1. TEORIA DA PENA

1.1. ESCORÇO HISTÓRICO E ETIMOLÓGICO

Fundamentalmente, não há um entendimento unívoco sobre a origem etimológica da “*pena*”.² De qualquer sorte, sob o prisma do direito penal, a pena alberga concepções míticas e arcaicas de *vingança* e *castigo*³, eis que, desde os primórdios, o homem sempre transgrediu

² Doutrinariamente, assinalam-se os seguintes sentidos: (i) “*pena*” vem do latim “*poena*”, consistente em “*castigo*” ou “*expição*”, ou (do latim) “*punere*” – que significa “*por*” –, e “*pondus*” – com a definição de “*peso*” –, exprimindo o conceito de “*contrabalançar*”, “*pesar*”, tendo-se em conta o equilíbrio dos pratos da balança da justiça; (ii) “*pena*” vem do grego “*ponos*”, “*poine*” e “*penomai*”, consistindo em “*trabalho*”, “*fadiga*” ou “*sofrimento*”, também encontrando fundamento em “*eus*”, no sentido de “*expiar*”, “*fazer o bem*”, “*corrigir*”; e (iii) “*pena*”, na Lei das XII Tábuas, referia-se ao termo “*ultio*”, é dizer, retribuição pelo mal praticado a quem infringisse a norma (CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013, p. 22). Em todo caso, a primeira pena de que se tem conhecimento na história da humanidade remonta à criação do homem, na passagem bíblica de Adão e Eva.

³ Para Carrara: “Na pena, distingue-se a origem *histórica* da *jurídica*. É necessário conhecermos, separadamente, essas duas origens. Estudando a primeira, procura-se um fato; estudando a segunda, busca-se a gênese de um *direito*. Deve-se reconhecer como verdade, autenticada pelas mais remotas tradições da raça humana, que a idéia da *pena* nasceu, entre os homens primitivos, do sentimento de *vingança*. Nem pode repugnar-nos que a um ato agora reconhecido como exercício de Justiça tenham sido os homens levados por uma paixão culposa e feroz

regras do convívio social, razão pela qual se tornou inexorável submeter-lhe aos efeitos estigmatizantes da punição.⁴

Na era primitiva, as comunidades compunham-se de indivíduos de descendência comum, havendo uma recíproca proteção entre todos, de modo que se perfazia uma *vingança de sangue*, de talhe simbólico e privado⁵, no sentido de que a ação do malfeitor implicava a sua destruição ou banimento pelos próprios membros do grupo.

Também havia a crença em forças sobrenaturais, geralmente correspondentes às forças da natureza (v.g., a chuva e o trovão), sendo a pena reputada como uma alternativa de se acalmar os deuses.

Para Sigmund Freud, o homem primitivo apresentava o costume de cultuar objetos, denominados *totens*, consistentes em um animal, um vegetal ou um fenômeno natural que mantinha um peculiar vínculo com o grupo.

Na relação totêmica, a punição incidia com a quebra de algum *tabu*, considerado o código não escrito mais antigo do homem, na forma de uma proibição convencional e tradicional, de caráter sagrado e de misteriosa origem, repassado de geração para geração, de modo que sua violação acarretava uma cadeia de *mimetismo instintivo*, fomentando a violação de um novo tabu, e assim sucessivamente.

Nesse cenário, o incesto e o parricídio, dois pontos fulcrais do “*Complexo de Édipo*”, já despontavam como *tabus* onipresentes nos conjuntos sociais, porquanto trazem em seu cerne fortes impulsos humanos. Surgiram, ainda, bases de um pacto social, no sentido de que os indivíduos iniciaram alianças como forma de se proteger contra pretensos inimigos.⁶

[...]” (CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. Parte Geral. Vol. II. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 41-9).

⁴ Para Bentham: “A palavra *pena*, ou, para evitar desde logo o equívoco, a palavra *castigo*, é uma daquelas que, à primeira vista, parece que não tem necessidade de ser definida: que noção mais clara se lhe pode dar, do que a idéia, que todo o mundo concebe quando se repete a palavra? Todavia, esta noção geral, que parece tão clara, fica sendo vaga, sem explicação; porque não distingue precisamente o ato de castigar de outros muitos, que se assemelham com êle a certos respeitos. Será bom ensinar logo no princípio tudo quanto se encerra na ação de castigar, se queremos conhecer o que não entra, nem se pode incluir na dita palavra” (BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais - “A pena de morte”*. São Paulo: Livraria e Editora Logos, p. 15, grifo do autor).

⁵ João Bernardino Gonzaga traça as características essenciais de uma comunidade movida pela *vingança privada*, em especial dos povos indígenas brasileiros à época do primitivismo (GONZAGA, João Bernardino. *O direito penal indígena: à época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 121-23; NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 61).

⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 16-21; FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. Volume XIII, 1913.

Contudo, a ausência de um poder central, assim como a falta de um controle externo destinado à aplicação da sanção, tornou a vingança de sangue um processo interminável e causador de infundáveis conflitos entre famílias.⁷

Já na Antiguidade, houve uma *vingança divina*, consubstanciada em um direito penal teocrático e sacerdotal do “*estado teológico*”, no qual se aplicavam sanções desproporcionais e de acentuada severidade em relação à conduta delituosa perpetrada, a exemplo do Código de Manu; das legislações do Egito (Cinco Livros); da Pérsia (Avesta); de Israel (Pentateuco) e da China (Livro das Cinco Penas).⁸

Nessa vereda, a vingança foi paulatinamente transferida do domínio particular para o poder central, no formato de penas públicas⁹, dando azo à construção de sistemas punitivos, já que se buscava a racionalização do sentimento de vingança do contexto social, coibindo-se o “*fazer justiça com as próprias mãos*”.¹⁰

Houve o abandono da organização tribal, acolhendo-se concepções mais sofisticadas de organização, com fulcro em uma *vingança pública* – mesmo ainda não se vislumbrando proporcionalidade entre pena e delito, haja vista que as sanções eram extremamente severas e de caráter intimidatório.¹¹

No século V, já na idade medieval (*idade das trevas*), a partir de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, o homem, norteado pela fé cristã, possuía uma maior preocupação com a justiça *post mortem*, além de distinguir as Cidades Divina e Terrena, sendo que, em

⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 10-11.

⁸ Em linhas gerais, tinha a pena função reparatória, embasada na retratação do infrator perante a divindade. Exemplificativamente, no Código de Manu (século XI a. C), os ladrões deveriam ter os dedos cortados e, em caso de reincidência, também os pés e as mãos. Já para quem insultasse um homem de bem, deveria ter as línguas cortadas, da mesma forma que o adúltero teria que ser queimado em cama ardente e, a adúltera, entregue para a cachorrada (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 05-09; NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 59; FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. Volume XIII, 1913).

⁹ O princípio da proporcionalidade passou a ser adotado pelo Código de Hamurabi (Lei Mosaica ou Lei de Talião - em que “*Talião*” vem de “*talis*”, consistindo em “*retaliação*”), como forma de atribuir sentido “*ao olho por olho, dente por dente*”, é dizer, à relação entre pena e castigo. Após, a Composição, cujas bases também já eram contempladas pela Lei de Talião, trouxe a lume a ideia de composição do dano, no sentido de que caberia a substituição do cumprimento da pena pela reparação do dano, restituindo-se “*o roubo que roubou*” (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Estudos e pareceres de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 01-6; NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 61; CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013, p. 24-5).

¹⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 13 e 24-43.

¹¹ A Grécia empregou de forma restrita a pena de encarceramento, ao passo que a pena de morte, principalmente em Esparta, era aplicada constantemente, assim como as demais sanções, como o desterro, açoites, suplícios físicos, mutilações, os quais tinham a finalidade de castigo e terror. Já na no direito romano, os juristas se referiam a várias modalidades de penas, porém não lhes estabeleciam finalidades, já que não era característica marcante dos romanos prezar pela sistematização dos institutos penais, pelo fato de não serem afetos a teorias (CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013, p. 25).

ambas, a autoridade civil consistia na representação da vontade divina, no que as sanções impostas aos transgressores ou pecadores não tinham a finalidade de retribuição em seu sentido jurídico, mas de conversão pela expiação. De qualquer forma, ainda prevalecia um ideário de castigo e de revolta contra o indivíduo que se insurgisse contra as questões religiosas.¹²

Assim, a Igreja passou a empregar a pena privativa de liberdade com o desiderato de punir os infiéis, que cumpriam sua *penitência* em celas (*encarceramento eclesiástico*) – daí derivando os termos “*penitenciária*” e “*prisão celular*” -, desde a reclusão solitária (*in pace*) até a vida prisional em comunidade (*murus largus*). Essa adoção decorreu, basicamente, de dois fatores: (i) já não era mais permitido por lei a aplicação da pena de morte; e (ii) prezava-se pela importância da segregação na forma de penitência.

Para Franz von Liszt, é a partir do período imperial em que o juiz tornou-se ainda mais autônomo, sendo-lhe conferida a atribuição de graduar a pena acorde as circunstâncias do caso concreto.¹³

Nos séculos XV, durante o Renascimento e o surgimento dos Estados monárquicos unificados, o castigo subsistiu como uma concepção penal à Inquisição e ao direito medieval, tendo sua situação ainda mais agravada ao atingir o absolutismo, na Idade Moderna (séculos XV e XVIII).¹⁴

Alcançada a Revolução Francesa, vislumbrou-se um certo avanço do direito penal, capitaneado por Bentham (na Inglaterra)¹⁵, Voltaire e Montesquieu (na França), Homel e Anselm von Feuerbach (na Alemanha), e Filangieri e Pagano (na Itália)¹⁶, pois a liberdade, à luz de um Estado Democrático de Direito, tornou-se a regra, cabendo a delimitação do *jus puniendi* estatal.

¹² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 13 e 57-8.

¹³ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 405-07.

¹⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 59-78.

¹⁵ Para Bentham: “Há duas razões em que o Legislador se deve firmar que fôr possível na aplicação do castigo: *Certeza, imparcialidade*. 1º Quando a medida da pena se aproximar mais à certeza, tanto mais sabem os membros da sociedade o que têm que esperar: à proporção que o homem conhece a pena, assim se afasta de cometer o crime: uma pena problemática não pode fazer impressão; e tudo o que é duvidoso a êste respeito favorece a pena. 2º Se o Legislador não sabe antecipadamente sobre quem deve cair a pena que estabelece, não corre perigo de se deixar governar por motivos de amor ou de ódio pessoal: é imparcial, ou parece que está indiferente, O Juiz pelo contrário, está arriscado a prevenir-se pró e contra, ou pelo menos a fazer-se suspeito; o que vai entender com a segurança pública” (BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais - “A pena de morte”*. São Paulo: Livraria e Editora Logos, p. 46-7, grifo do autor).

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 63).

Nos séculos XVIII e XIX, com o advento do Iluminismo (“*século das luzes*”), a pena deixou de apresentar fundamentos teológicos, justificando-se sua aplicação com base na racionalização e em fins utilitários. Exsurgem, desde então, os primeiros juristas clássicos, dentre os quais Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria), em seu “*Dei delitti e dele pone*”, que racionalizou a pena, passando a considerá-la como justa apenas quando se revelasse necessária¹⁷

Na mesma trilha, a Escola Clássica, que teve Ferrara como principal corifeu¹⁸, surgiu como o marco de uma nova fase humanitária das penas, vez que a sanção (definitivamente) deixou o campo particular, passando a ser aplicada em prol do coletivo. Em suma, inovou nos seguintes pontos: (i) o corpo humano deixou de ser objetivo imediato de castigo, cedendo lugar à prisão; (ii) surgimento das correntes abolicionistas da pena capital nas primeiras legislações contemporâneas¹⁹, considerando os estudos inaugurais de Cesare Bonesana, em “*Dos Delitos e das Penas*”; (iii) a pena passou a ser aplicada de modo proporcional ao dano causado pelo crime, daí exsurgindo o princípio da personalidade da pena (intranscendência da pena)²⁰, que, desde então, tornou-se imperativo constitucional; (iv) dedicou-se à análise das circunstâncias de caráter subjetivo da culpabilidade, mormente em um época na qual ainda

¹⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013, p. 26.

¹⁸ CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. Parte Geral. Vol. II. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 149-51.

Nessa conjuntura, a Nova Defesa Social, tendo como pioneiro Fillipo Gramatica, passou a propor, a partir de 1945, em Gênova, na Itália, a abolição do Direito Penal e do sistema penitenciários até então desenvolvidos à época. Marc Ancel e, no Brasil, Manoel Pedro Pimentel perfilharam das bases filosóficas dessa escola, porém conferindo-lhes contornos menos radicais. Manuel Pedro Pimentel já apregoava que a pena, no Brasil, deve ser encarada como um meio para a reeducação do delinquente, cuja personalidade foi mal formada em decorrência de diversos fatores, razão pela qual assume importância o complexo educacional (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Estudos e pareceres de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 43).

¹⁹ Inclina-se a doutrina em afirmar que a abolição da pena de morte no Brasil decorreu, preponderantemente, por motivos de erro judiciário no século XIX. Isto porque, no período de Dom Pedro II, a aristocracia rural detinha toda concentração política sobre as terras do Campo dos Goytacazes, por constituir em um lugar estratégico de produção agrícola e de porto ilegal de escravos, sendo que o fazendeiro Manoel da Motta Coqueiro e sua mulher Úrsula das Virgens Cabral possuíam cinco propriedades na região. Contudo, uma família de oito colonos foi assassinada em uma de suas propriedades, situada na região de Macabu, razão pela qual todos os indícios apontavam que Coqueiro era o autor do crime, no que passou a ser chamado pela imprensa como a “Fera de Macabu”. Esse episódio foi marcante, pois Coqueiro, condenado à morte, foi submetido a enforcamento no dia 6 de março de 1855, após ter recebido um padre em sua cela, ao qual admitiu ser inocente e que conhecera o verdadeiro mandante do crime, mas prometendo em não revelá-lo. Entende-se, de qualquer forma, que a abolição da pena capital teve como um de seus principais fundamentos o regime escravocrata, eis que a Inglaterra realizou intensas pressões sobre outras nações, dentre as quais o Brasil, no sentido de que o escravo era mais valioso vivo do que sem vida. Ademais, já em 1877, Dom Pedro II era admirador do escritor e revolucionário francês Victor Hugo, o qual perfilhava da corrente abolicionista da pena capital. Também, no plano internacional, aboliu-se: (i) pela própria crueldade da pena capital; e (ii) por questões de ordem religiosa, sendo mais razoável a penitência dos infiéis que propriamente a pena de morte.

²⁰ Historicamente, o único caso que se tem notícia, no Brasil, acerca do afastamento do princípio da personalidade da pena, diz respeito à Inconfidência Mineira, em que os herdeiros de Tiradentes foram declarados infames até a quarta geração.

prevalecia seus aspectos objetivos; e (v) surgimento da pena correccional, no sentido de emendar ou corrigir o condenado.²¹

Não obstante essa evolução, ainda predominava a teoria absoluta ou retributiva, segundo a qual é a pena um mal necessário para a preservação da tranquilidade pública e reafirmação do direito, devendo incidir contra o malfeitor que optou por violar as normas penais por seu livre-arbítrio.

Para Foucault, na cidade-punitiva, o castigo de um crime deveria representar uma desvantagem de sua prática, no sentido de tornar o delito sem atração, sendo provido de uma carga simbólica, na forma de uma tecnologia da representação ou de sinais-obstáculos, de modo que a pena passa a reativar o Código Penal.²² Assim, seguindo Bentham, Foucault aprimorou o ideário do Panóptico, destinado às casas de correção e que passaria a ser utilizado na construção de várias prisões a partir do século XVIII em diante.

No final do século XIX, emergiu o positivismo criminológico (Escola Positiva italiana), fundado na análise dos instrumentos científicos aptos a resolver as problemáticas do âmbito criminal, procurando conjugar as ciências causal-explicativa com a criminologia, de modo a situar o homem como centro do direito penal, examinando-o por meio de uma herança patológica e de um determinismo biológico, embasados em sua periculosidade, tendo como profíctes Cesare Lombroso (fase antropológica), Raffaele Garofalo (fase jurídica) e Enrico Ferri (fase sociológica).²³

Já em 1891, na Itália, surgiu a Escola Crítica, tendo como cultor Manuel Carnevale (“*Una Terza Scuola di Diritto Penale in Italia*”), propugnando pela responsabilidade penal com base na imputabilidade moral, além do delito consistir em fenômeno natural e social e a pena apresentar uma função de defesa e de preservação do conjunto social. No mesmo diapasão, seguiu a Escola Moderna Alemã, desenvolvida por Franz von Liszt, conferindo ao direito penal uma estrutura científica mais lapidada.²⁴

Nessa esteira, obtempera René Ariel Dotti que a *individualização* da pena, no âmbito judicial, tornou-se enriquecida a partir de pesquisas no direito processual penal anglo-

²¹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 104-05.

²² Foucault desconfia que o reconhecimento e necessidade da reforma penal tenha sido realizada por razão da personalidade da pena. Assim, procura demonstrar que a reforma penal decorre mais propriamente de um erro político (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 20 ed, Petrópolis: Vozes, 1999, p. 87-108).

²³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 105-115.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 70; CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013, p. 28.

americano, no qual se buscava a realização do julgamento em fases separadas, tendo-se em vista a distinção entre *conviction* e *sentence*, também ocupando expressão a necessidade de se promover uma consideração suficiente da personalidade do delinquente (o que se denomina *césure*), assim como da problemática da classificação dos criminosos.²⁵

A Segunda Guerra trouxe nefastas consequências à comunidade global, provocando incerteza e insegurança dos novos rumos a serem perseguidos pela humanidade, já que não se sabia ao certo qual o porvir da existência de todo e qualquer gênero humano.

Nesse contexto, inaugurou-se o movimento da *Nova Defesa Social*²⁶, no sentido de que o direito penal não se afigura tão só como um dos instrumentos de repressão à criminalidade, senão também deve incidir concomitantemente com outros ramos jurídicos.

Convencionou-se, em alcance universal, pela ideia de prevenção de riscos, conferindo-se novos moldes ao direito, principalmente ao direito constitucional (*neoconstitucionalismo*), por meio da *expansão dos direitos e garantias fundamentais*, tendo como fim precípua a salvaguarda da *dignidade da pessoa humana*²⁷.

Em linhas gerais, cuida-se de movimento refratário à pena de morte e ao encarceramento indiscriminado pela pena privativa de liberdade, invocando a reformulação das penas tradicionalmente concebidas, com balaústre em novos valores sociais e princípios de política criminal, v.g., a criminalidade de bagatela e a descriminalização de certas condutas.

Também propõe uma política de criminalização tanto às infrações graves como às novas formas de criminalidade - v.g., os crimes econômicos e os delitos praticados no quadro de organizações criminosas empresariais -, buscando a tutela da coletividade, geralmente pela

²⁵ DOTTI, René Ariel. *As novas dimensões na execução da pena*. Contribuição ao V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins. Curitiba, 1975, p. 18-9.

²⁶ Esse movimento teve Fillipo Gramatica como profícuo, que propôs, a partir de 1945, em Gênova, na Itália, em um Centro de Estudos de Defesa Social, a abolição do Direito Penal e do sistema penitenciários até então desenvolvidos à época. Em 1948, institui-se a Sociedade Internacional de Defesa Social durante o Segundo Congresso Internacional de Defesa Social (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 127-130). Marc Ancel e Manoel Pedro Pimentel perfilharam das bases filosóficas dessa escola, porém conferindo-lhes contornos menos radicais. No Brasil, Pimentel já apregoava que a pena deve ser encarada como um meio para a reeducação do delinquente, cuja personalidade foi mal formada em decorrência de diversos fatores, razão pela qual assume importância o complexo educacional (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Estudos e pareceres de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 43).

²⁷ A transposição da dignidade da pessoa humana do plano religioso e filosófico para o domínio do direito ocorreu significativamente a partir do término da Segunda Guerra, passando a ser expressamente prevista em diversos diplomas jurídicos, dentre os quais a Declaração dos Direitos Humanos (de 1948) e as Constituições da Itália (de 1947), da Alemanha (de 1949), de Portugal (de 1976) e da Espanha (de 1978) (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251).

prevalência da *prevenção geral positiva limitadora*.²⁸ Ademais, passou a conferir tratamento empírico à *vitimologia*.²⁹

Nessa esteira, no âmbito da América Latina, pretendeu-se a elaboração de um Código Penal Tipo³⁰, cujas bases partiram da I Reunião celebrada em Santiago, no Chile, nos idos de 1967 a 1973, tendo como principal profitente Luis Jiménez de Asúa³¹. O mencionado *Codex*, datado de 1973, na Seção A, disciplina, em seu Capítulo Único, sobre a “*A Pena e suas Classes*”, em especial nos seus *artículos 42 usque 54* – conquanto não trate expressamente da individualização da pena.

²⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 130-131.

²⁹ Consoante Duek Marques: “Propõe ainda estudos ligados à Vitimologia, principalmente os relativos a assistência à vítima e a reparação do dano causado pelo crime, que vem sendo considerada uma das principais reações ao fenômeno da vitimização. Estas, muitas vezes, acarreta consequências físicas e emocionais que comprometem o sentimento de segurança e autonomia das vítimas. Por isso, a ajuda externa de entidades destinadas à assistência à vítima, como as criadas nos Estados Unidos e no Canadá, por exemplo, pode contribuir para minorar ou afastar as consequências do crime. Dessa ótica, as sugestões apresentadas pela Vitimologia encontram-se em perfeita consonância com os postulados dos movimentos modernos de defesa social. No passado, o sistema criminal só se preocupava com a vítima como elemento de prova, enquanto ela fosse de interesse para o processo penal. Nos últimos anos, contudo, a Vitimologia impulsionou um processo de revisão científica do papel da vítima no fenômeno delitivo [...]” (MARQUES Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 131-135).

³⁰ Além do Código Penal Tipo para a Iberoamérica, também foram confeccionados outros dois principais diplomas: (i) Código Penitenciário Tipo (para a América Latina), cuja ideia firmou-se no Encontro de Peritos Latino-Americanos, em preparação para o 5º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes, realizado em Toronto, Canadá, de 1º a 15 de setembro de 1975 e, também, realizado em Brasília, de 5 a 9 de novembro de 1973; e (ii) Código Modelo de Processo Penal para Iberoamérica, cuja proposta partiu das Quintas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Bogotá-Cartagena, em 1970, definindo a unificação legislativa em matéria processual penal na América Latina, sendo o projeto final apresentado às XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual Penal, no Rio de Janeiro, em 1988. A tendência do Código Modelo foi a de seguir um padrão acusatório perseguido nos ordenamentos da América Espanhola e do Brasil e da Argentina, cujas bases inspiraram-se no Código de Processo Penal da Alemanha, além do panorama processual penal espanhol, português, italiano e francês, fundamentando-se, no que tange aos direitos fundamentais e aos princípios políticos, nas Declarações e Pactos Internacionais de maior envergadura, tais como as Declarações Universais da Convenção Européia e da América, em especial o Pacto de São José da Costa Rica. Essa é a lição da Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Influência do código de processo penal modelo para Ibero-América na legislação latino-americana: convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 1, p.41-63, jan./mar. 1993).

³¹ Originariamente, destacava-se Asúa que a unificação da legislação penal na América não deveria dar-se em sua inteireza, mas apenas em algumas questões pontuais (v.g., nos crimes internacionais; delinquentes internacionais, habituais, profissionais e reincidentes; extradição; oralidade e publicidade dos processos penais), em virtude das peculiaridades jurídicas e sociais de cada país. De toda forma, não foi na América que se falou pela primeira vez da unificação penal, pois alguns conferências europeias e foros internacionais cuidaram de trata-la, a exemplo da Conferência Internacionais para a unificação do Direito Penal, reunidas em Varsóvia (1927); Roma (1928); Bruxelas (1930); Paris (1931); Madrid (1933) Copenhaguem (1935); Cairo (1937) e Genebra (1947). O Segundo Congresso de Criminologia que celebrado em Santiago, no Chile (1941), abordou o tema da reforma da legislação penal na América Latina (ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal. Concepto del derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950, p. 1102-1103). Heleno Cláudio Fragozo analisa a contexto de elaboração do Código Penal Tipo (FRAGOSO, Heleno Cláudio. A terceira reunião da Comissão redatória do Código Penal Tipo para a América Latina. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. nº 16. P. 55-73. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo53.pdf. Acesso em: 12 de novembro de 2013.)

Já no Brasil, a legislação penal tem se inclinado à conformação com os postulados do moderno movimento de defesa social, priorizando pela aplicação de penas alternativas, com ênfase na reparação do dano, a exemplo da Reforma Penal de 1984, da Lei de Juizados Especiais Criminais (Lei n.º 9.099, de 1995) e da Lei n.º 9.714, de 1998. Procura estabelecer, outrossim, meios eficazes para prevenir e reprimir a criminalidade organizada, mas seguindo os contornos de um direito penal liberal sob a égide do Estado Democrático de Direito e da Constituição de 1988.³²

Hodiernamente, a *globalização* e a *sociedade de risco* impõem uma nova leitura do direito penal, no sentido de que se seria necessária sua redução ou expansão na tutela de bens jurídicos, suscitando reflexões sobre a teoria monista e dualista, assim como das finalidades preventivas da pena.³³

Entende-se, de toda sorte, que a legitimidade do direito penal ainda persiste na contemporaneidade, pois, mesmo diante de uma dinâmica de *modernização, expansão e administrativização*³⁴, a intervenção penal deve se dedicar, sob a égide do Estado Democrático de Direito, à salvaguarda dos bens jurídicos essenciais à autorrealização do homem, abarcando *bens jurídicos individuais e coletivos*, por força dos *princípios da intervenção mínima (ultima ratio legis ou subsidiariedade) e fragmentariedade (necessidade ou exclusiva proteção de bens jurídicos)*.

Nesse quadrante, conforme pondera Jesús-María Silva Sánchez, as penas, no quadro do direito penal contemporâneo, não devem ser dotadas das seguintes funções: (i) de jaez puramente ético-social; (ii) puramente simbólico; e (iii) puramente de satisfação de necessidade de psicologia social.³⁵

³² MARQUES Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 131-35.

³³ Obtempera Tatiana Viggiani Bicudo: “As análises efetuadas mostram que hoje enfrentamos, no contexto do Direito Penal, a possibilidade de seguirmos dois caminhos para fundamentar a prática da punição. Um que leva à concepção de Direito Penal visto como instrumento de proteção a bens essenciais das pessoas em uma democracia substancial. Isso significa fazer que sua legitimidade se dá tanto para a proteção das pessoas contra possíveis violências arbitrárias, na resolução dos conflitos sociais, quanto para preservar bens, tidos como fundamentais a toda e qualquer pessoa. Outro, que leva a instrumentalização do Direito Penal para a proteção do risco intolerável. Essa concepção possibilita à comunidade, por meio de políticas criminais, indicar aos legisladores quais os bens que entendem ser passíveis de proteção penal. Entretanto, o cotidiano vivido na esfera das práticas penais mostra que não há como ficarmos restritos a apenas essas concepções. Toda a história do Direito Penal se presentifica, de modo que o ideário vigente na época moderna vigora nos meandros dos discursos e nas práticas atuais, de modo intenso” (BICUDO, Tatiana Viggiani. *Por que punir? Teoria geral da pena*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181).

³⁴ GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 01-03.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação do direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 450-63.

De toda forma, obtempera Winfried Hassemer que os institutos penais não podem prescindir de seus efeitos simbólicos aos destinatários, mormente quando se diz respeito aos fins da pena orientados à *prevenção*, com fulcro na *teoria da prevenção geral positiva*.³⁶

Certo é que, mesmo com a evolução de correntes progressistas e humanitárias na esfera criminal, a vingança é inerente à natureza humana, permanecendo intocável nos mais variados contextos sociais.

Sem embargo, seguindo a tendência penal hodierna, procura-se afastar da finalidade da pena qualquer resquício de vingança e de castigo, pois tais características têm em seu cerne um fundo emocional e sentimental, impedindo a racionalização sobre os próprios fundamentos e finalidades da intervenção punitiva. Assim, o discurso de pura represália da pena não se coaduna com o atual estágio de convívio da humanidade, devendo ser afastado, já que inapto a servir como fundamento de legitimação e racionalização do direito penal.³⁷

Há de se erigir um direito penal que tenha como fio condutor um padrão de política criminal condizente com as demandas da realidade social brasileira, buscando a ampliação de seu espectro de incidência frente aos novos riscos, mas sem apartar-se dos princípios e garantias liberais tradicionalmente conquistados. Prega-se, pois, pela conjugação de uma linha *garantista* com uma ótica *funcionalista*, além da atuação conjunta e *prospectiva* do *direito administrativo sancionador*, a ponto de garantir a existência das *futuras gerações*.³⁸

Revela-se salutar, de qualquer modo, que a compreensão dos fenômenos criminológicos tenha preponderantemente como ponto basilar uma possível liberdade ontológica do homem em detrimento da (clássica) liberdade normativa do direito penal, vez que, sob o ângulo da moderna criminologia crítica, também há de compreender a socialização do indivíduo na coletividade não unicamente pela dimensão normativa, mas, sobretudo, pelo processo de desenvolvimento existencial e psíquico do indivíduo, já que a pena privativa de liberdade não atinge apenas o corpo, senão também a liberdade ou o “*ser*” (humano).³⁹

³⁶ HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura e política*. Tradução de Adriana Beckman Meirelles. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Felipe Rhenius Nitzke. Mariana Ribeiro de Souza. Odin Brandão Ferreira. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2008, p. 215.

³⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 05; NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 59.

³⁸ Para maiores detalhes: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação sociológica de novas tendências político-criminais*. São Paulo, IBCCRIM, coleção monografias, n. 34, 2005, p. 91-152.

³⁹ MINERBO, Marion. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Liberdade (possível) e Responsabilidade*. Conhecimento Prático Filosofia, v. 28, p. 47-54, 2011, especialmente p. 48-54.

1.2. CONCEITO, FUNDAMENTOS E FINALIDADES

Substancialmente, a *sanção penal* é a resposta estatal, exercida por meio do devido processo legal, ao autor responsável pela prática de um delito (*crime* ou *contravenção penal*), apresentando duas modalidades, a saber: (i) *pena*; e (ii) *medida de segurança*⁴⁰. Assim, na presente incursão, faz-se imperiosa a análise da *pena*.

Entende-se por *pena* a modalidade de sanção penal imposta pelo Estado, também mediante o devido processo legal, ao autor de um delito, como forma de *retribuição* ao delito cometido e de *prevenção* à prática de novos crimes, buscando a *reinserção* do infrator na sociedade.⁴¹ Tem como pressuposto a culpabilidade, destinando-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis.⁴²

Destarte, promanam as seguintes teorias atinentes às finalidades das penas: (i) *absoluta*, que propugna destinar-se a pena à retribuição⁴³; (ii) *relativa*, segundo a qual a pena dirige-se à

⁴⁰ A medida de segurança tem como pressuposto a periculosidade, consistente na potencial capacidade do agente delinquir. Destina-se aos inimputáveis e aos semi-imputáveis dotados de periculosidade, que necessitam de especial tratamento curativo ao invés da punição.

⁴¹ Corroborar-se da definição de Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 56). Importante frisar que a pena pode privar ou impor limitação aos seguintes bens jurídicos do condenado: (i) liberdade, o que se faz por meio da pena privativa de liberdade, de caráter temporal ou perpétuo (sendo a pena perpétua, em regra, vedada no Direito Penal pátrio, admitindo-se somente no caso de seu cumprimento em território brasileiro por condenado pelo Tribunal Penal Internacional por crimes de extrema gravidade com alcance internacional); (ii) patrimonial, mediante pena de multa; (iii) a vida, pela pena capital (pena de morte), sendo no Brasil aplicável excepcionalmente na hipótese do artigo 5º, XLVII, “a”, Constituição Federal; (iv) ou outro direito qualquer, em consonância com a legislação em vigor, geralmente o que é feito pela substituição por penas restritivas de direitos. Nessa senda, destacam-se, conforme já salientado, os seguintes princípios aplicáveis às penas: (i) princípio da reserva legal (ou da estrita legalidade); (ii) da anterioridade; (iii) da personalidade (ou da intranscendência ou da intrasmisibilidade ou da responsabilidade pessoal); (iv) da inderrogabilidade (ou inevitabilidade); (v) da intervenção mínima; (vi) da humanidade (ou da humanização das penas); (vii) da proporcionalidade; (viii) e da individualização.

⁴² Sob o manto da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as crianças e adolescentes em conflito com a lei não praticam (tecnicamente) delito, mas ato infracional, razão pela qual (com relação ao delito) não possuem culpabilidade, eis que ausente a imputabilidade – porém, quanto ao ato infracional, entende-se que têm culpabilidade, pois são imputáveis neste caso.

⁴³ Pela teoria *absoluta*, que teve como expoentes Georg Wilhelm Friedrich Hegel e Emmanuel Kant, a pena desponta como retribuição do Estado ao autor de um delito, constituindo-se em pura vingança ou castigo pelo mal praticado. Entende-se, no entanto, que tal teoria não possui finalidade prática, pois não se preocupa com a readaptação social do infrator (*punitur quia peccatum est*). Segundo Duek Marques: “Roxin inicialmente critica a teoria absoluta ou retributiva, na qual a culpabilidade do autor é compensada pelo mal da pena, sem quaisquer fins a serem alcançados. Afirma o penalista alemão que, em primeiro lugar, a teoria retributiva fracassa ao tentar estabelecer um limite ao poder punitivo do Estado. Em segundo lugar, afigura-se insatisfatória a fundamentação da pena na compensação da culpa, pois esta pressupõe o indemonstrável livre-arbítrio por parte do infrator. Em terceiro lugar, não se pode aceitar racionalmente a idéia de pagar um mal cometido com o acréscimo do mal da pena, o que corresponde apenas ao impulso arcaico de vingança. O sofrimento imposto pela sanção também não teria o poder de negar o crime e reafirmar o direito” (ROXIN, p. 26 *apud* MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 138-39).

prevenção⁴⁴ (geral⁴⁵ e especial⁴⁶); e (iii) *mista (unificadora ou eclética)*⁴⁷, consoante a qual a pena é retributiva e, concomitantemente, preventiva, além de ser ressocializadora.

⁴⁴ Já para a teoria *relativa*, a pena tem a finalidade de prevenir a prática de novos crimes (*punitur ne peccetur*). Segue-se uma concepção plenamente refratária à teoria absoluta, eis que a pena deixa de figurar como castigo, passando a constituir-se em instrumento de salvaguarda da sociedade. A prevenção de novas infrações penais apresenta dois planos: (i) *geral*; e (ii) *especial*.

⁴⁵ Na *prevenção geral*, a pena destina-se à coletividade, como forma de reprimir delitos futuros, tanto pela intimidação como pela reafirmação do direito vigente. Divide-se em *prevenção geral negativa* e *prevenção geral positiva*. A primeira foi idealizada por Feuerbach, pela sua teoria da coação psicológica, para a qual a pena tem a finalidade de intimidar os membros da comunidade sobre a sua gravidade, procurando impedi-los de praticar infrações penais. Já a segunda tem a finalidade de reafirmar à sociedade a existência e força do direito penal, embora já desenvolva um estereótipo do outro como inimigo, gerando desconfiança nas relações sociais. Assinala Duek Marques: “Já no tocante à prevenção geral pela intimidação (negativa), Roxin menciona, inicialmente, a ausência de delimitação acerca de quais comportamentos teria o Estado a faculdade de intimidar, bem como a tendência de castigar de forma mais dura para melhor alcançar o efeito da intimidação. A esse respeito, ressalta a insuficiência de penas cruéis e de morte, como suplício da roda e esquartejamento, que não foram aptas a reduzir a criminalidade. A prevenção geral pela intimidação também não encontraria fundamento diante de indivíduos não-intimidáveis. Por último, citando Kant, Roxin relata que tal prevenção atentaria contra a dignidade humana, pois um indivíduo seria castigado não em consideração a ele próprio, mas como meio para intimidar outros indivíduos. Além desses aspectos contrários à prevenção geral pela intimidação, Günther Jakobs observa que essa teoria possui base equivocada, pois busca compensar com o mal da pena o benefício potencial do delinquentes do crime. O mal da pena deve ser mais importante do que o benefício do crime; no entanto, a grande maioria dos membros da sociedade não considera o crime como sucesso para o delinquentes, mas sim prejudicial a eles mesmos. Além disso, há grupos de delitos nos quais os autores atuam racionalmente para conseguir um fim, como os crimes econômicos” (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 140).

⁴⁶ No que toca à *prevenção especial*, a pena destina-se exclusivamente ao condenado, subdividindo-se em *prevenção especial negativa* e *prevenção especial positiva*. Na primeira, a aplicação da pena impõe uma intimidação, por meio de sua gravidade, ao infrator, com o escopo de impedi-lo de praticar novos delitos, buscando evitar a reincidência. Já na segunda, a pena traz em seu bojo a finalidade de readaptar o acusado ao convívio por meio de seu integral cumprimento ou pela concessão de benefícios durante a sua execução, os quais teriam o condão de antecipar a sua liberdade. Segundo Duek Marques: “Quanto à prevenção especial, Roxin entende que essa teoria tende a deixar o delinquentes à mercê da intervenção estatal de forma ilimitada e não encontraria fundamentação nos casos em que não houvesse perigo de o infrator repetir a conduta delituosa. Além disso, não se justificaria obrigar uma minoria da população a submeter-se a tratamento ou adaptar-se aos modos de vida estabelecidos pela maioria da população” (ROXIN, p. 21-22 *apud* MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 139-40). Analisando esse panorama, já consagra Giuseppe Bettiol: “Por que se pune? [...] Consideramos que é necessário, antes de tudo, esclarecer em que sentido a pena é um mal. Não há dúvida alguma de que a pena é um mal, enquanto sinônimo de sofrimento físico e espiritual [...] As doutrinas relativistas admitem, ao contrário, que a pena possa justificar-se só enquanto seja por seu intermédio atingido algum fim, particularmente o da prevenção de novos crimes, quer por parte da coletividade, quer por parte do indivíduo. *Punitur ne peccetur*. Pune-se para evitar novos crimes. Tais doutrinas distinguem-se segundo se acentue o aspecto social ou aspecto individual da penalidade, em teorias que reconhecem o fim da pena na prevenção geral ou na prevenção especial. A doutrina da *prevenção geral* parte da consideração de que “o fim único das penas é afastar os delitos da sociedade”, em razão do que através da ameaça, deve-se considerar presente na aplicação e na execução da pena a idéia de que a generalidade dos cidadãos é colocada na condição psicológica de não cair no delito. A sociedade defende-se de melhor modo contra o crime quando, através da ameaça da pena em geral e sua aplicação ou execução em particular, suscita nos cidadãos inibições capazes de frustrar aquelas forças psicológicas que podem existir no ânimo dos cidadãos determinantes do crime. Trata-se do pensamento de Romagnosi e Feuerbach, de criar através da pena contra-impulsos aos impulsos criminosos, de frenar a inclinação ao crime mediante a ameaça da sanção. [...] Acentua-se, particularmente neste momento histórico, a idéia de *prevenção especial* como fim da pena. Afirma-se que toda moderna orientação penalista é voltada para a “recuperação social” do réu, para que a pena possa transformá-lo num membro ativo e consciente da coletividade. Sustenta Grispigni que, na hipótese de um cotejo entre a idéia da prevenção geral e a da prevenção especial, o predomínio deve ser reconhecido a esta última. A prevenção especial tornou-se assim a bandeira do positivismo criminológico, daquelas tendências que negando ou prescindindo de um enfoque ético da personalidade humana, examinaram somente os fatores naturalísticos do crime com a conclusão de que é sempre a expressão de um personalidade “anormal”, que deve ser possivelmente

Diante das críticas e da insuficiência das teorias no campo da finalidade das penas, a teoria da *prevenção geral positiva* ganhou terreno nos mais variados ordenamentos penais, pois privilegia a reafirmação da norma à coletividade, no sentido de que, mesmo após a prática de um delito por infração à norma correlata, a própria norma penal ainda continua a vigorar, sob pena de aquebrantar a confiança nas relações sociais.⁴⁸

Nesse prisma, o funcionalismo confere, a rigor, uma nova tendência alargadora da culpabilidade, passando a associar ao juízo de reprovabilidade elementos do fim de proteção da norma, dentre os quais o elemento da necessidade de pena.⁴⁹

Assim, a prevenção geral positiva divide-se em: (i) *fundamentadora*; e (ii) *limitadora*.

A corrente *fundamentadora* é perfilhada por Günther Jakobs e, como o próprio nome sugere, a pena fundamenta a intervenção penal, conquanto não tenha por função precípua evitar a lesão a bens jurídicos. Cabe dizer, tem a escopo de reafirmar a vigência da norma, formando a consciência ética e valorativa da sociedade, a ponto de orientar os cidadãos em geral.⁵⁰

Todavia, a principal crítica dirigida a tal concepção é a de que, neste caso, a resposta penal restaria demasiadamente ampliada diante dos riscos sociais, revelando-se refratária ao direito penal mínimo acolhido por escolas mais progressistas, dentre as quais a Nova Defesa Social. Também pode legitimar tudo o que se mostrar funcional à manutenção de dado sistema social, contribuindo para a edificação de ordenamentos penais de um Estado de Direito típico de regimes autoritários e arbitrários.⁵¹

corrigida pela sanção a fim de que se chegue à recuperação do réu com o benefício, não apenas individual mas também social [...]” (BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Vol. III. Tradução por Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 112-16, grifo do autor).

⁴⁷ A *teoria mista* é a conjugação das teorias absoluta e relativa, consagrando que a pena tem uma dupla finalidade, qual seja, de retribuição e prevenção, assumindo, assim, um tríptico aspecto: retribuição e, concomitantemente, de prevenção geral e prevenção especial. É o caso da exposição de motivos do Código Penal alemão de 1962 (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 137).

⁴⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 143.

⁴⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 196.

⁵⁰ Para Jakobs: “Crime e pena se encontram no mesmo plano: o crime é negação da estrutura da sociedade, a pena marginaliza essa negação e é, portanto, confirmação da estrutura. Nessa perspectiva, com a execução da pena a finalidade da pena sempre é alcançada. A estrutura da sociedade *está* confirmada. Se além disso ocorrem efeitos psicológicos no plano individual ou social intimidação, exercício de respeito ao Direito ou outras coisas mais é acidental para a finalidade da pena, ainda que esses efeitos, enquanto funções latentes da pena não podem, de modo algum, ser considerados secundários. Isso fica em aberto. O que interessa aqui é que as lesões à norma e a pena, num ordenamento pessoal, podem ser reconduzidas a um só conceito e demonstrar que a pena de fato cura a lesão à norma” (JAKOBS, Gunther. Sobre o recente embate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p. 159-178, especialmente p. 177, grifo do autor).

⁵¹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 143-44.

Como reação a essa problemática, surgiu a teoria *limitadora*, mas sem deixar de tomar em conta a base teórica *fundamentadora*, tendo como asseclas Claus Roxin, Jesús-María Silva Sánchez e Mir Puig.⁵²

De acordo com essa corrente, há de se delimitar a intervenção punitiva do Estado com fulcro nos direitos fundamentais, sob a ótica de um direito penal garantista e da Nova Defesa Social, destinando-se à salvaguarda de bens jurídicos penalmente relevantes e à reafirmação da vigência da norma orientadora.⁵³

Insta salientar que, no direito penal pátrio, o Código Penal de 1940, em seu artigo 59, consagra a *teoria da prevenção geral positiva limitadora*, em observância aos princípios e garantias fundamentais estampados na Constituição brasileira de 1988, com lastro na dignidade da pessoa humana e nos princípios constitucionais penais correlatos.⁵⁴

Segue-se, outrossim, a teoria *mista* ou *eclética* da pena, no sentido de que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias do crime, assim como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para *reprovação e prevenção* do crime⁵⁵, as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I) e a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos (inciso II), assim como o regime inicial de cumprimento da pena privativa de

⁵² BACIGALUPO, Henrique. *Direito Penal – parte geral*. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 382-83; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 144.

⁵³ Para Roxin: “Na visão de *Jakobs*, o Direito Penal não protege bens jurídicos, e sim a vigência da norma. O criminoso desacredita a norma, e apenas tem o significado de que “a declaração do autor não é decisiva”, de que “a norma continua vigente”. “Nessa perspectiva, com a execução da pena a finalidade da pena sempre é alcançada. A estrutura da sociedade está confirmada. Mas essa construção, em que se fundem premissas da teoria sistêmica, a concepção de pena de *Hegel* e considerações de prevenção geral positiva, só elimina a ideia de proteção de bens jurídicos em aparência. Afinal, não pode ser fim da pena garantir a vigência da norma como valor em si próprio. Pelo contrário, essa garantia da vigência da norma tem de garantir bens jurídicos protegidos pela norma” (ROXIN, Claus. Sobre o recente embate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p. 179-210, especialmente p. 205, grifo do autor).

⁵⁴ Adverte Duek Marques: “Todavia, não obstante a proposta progressista e garantista da prevenção geral positiva limitadora, seus efeitos são mais sentidos no âmbito legislativo, na escolha de bens jurídico-penais e na imposição de margens de arbítrio judicial. A execução penal, do ponto de vista prático, tem refletido a função simbólica não legitimadora da pena, de canalizar a demanda primitiva de vingança, buscando restabelecer o equilíbrio social de cunho emocional, embora a sanção penal da atualidade encontre arrimo em princípios constitucionais e seja referendada pela ordem social. Somente assim, quando as penas estiverem libérrimas dessas demandas primordiais, de cunho emocional, o Direito Penal poderá cumprir sua função preventiva e socializadora, com resultados mais salutares e produtivos para a ordem social e para o próprio delinquente” (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 144).

⁵⁵ Importante frisar, apenas para fins meramente didáticos, que a finalidade da pena não se confunde com seus fundamentos. Com efeito, aquela se refere ao objetivo que se pretende alcançar com a aplicação da pena, enquanto que os últimos dizem respeito aos motivos que ensejam e justificam a incidência da pena, podendo ser apontados, em síntese, os seguintes: (i) reparação; (ii) denúncia; (iii) incapacitação; (iv) reabilitação; e (v) dissuasão.

liberdade (inciso III) e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Decerto, o mencionado *Codex* privilegia expressamente a função preventiva da pena. Contudo, indaga-se se a função *retributiva* teria sido consagrada pelo Estatuto Penal, tendo em vista que o legislador referiu-se à “*reprovação*”.

Entende-se, de todo caso, que o legislador penal, com a Reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei nº. 7.209/1984), acolheu a função *retributiva* da pena, ao tratar, no §5º do artigo 121, da possibilidade de reconhecimento do perdão judicial pelo juiz, nas hipóteses em que as consequências da infração atingirem o agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

2. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS CORRELATOS

A pena é um “*mal necessário*”, do qual nenhuma sociedade pode prescindir⁵⁶, eis que uma das principais funções do direito penal é salvaguardar os interesses e valores fundamentais ao desenvolvimento do homem em sociedade, lançando-se mão, para tanto, da pena privativa de liberdade, em consonância com um complexo de princípios constitucionais penais, de índole liberal, que se afiguram como alicerces de um Estado Democrático de Direito, enaltecendo os *princípios da dignidade da pessoa humana; da legalidade*⁵⁷; *da isonomia*⁵⁸; *da culpabilidade; e da intervenção mínima* (“*ultima ratio legis*”).

⁵⁶ FILANGIERE e SCHAIRA *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013, p. 22).

⁵⁷ A legalidade é um princípio constitucionalmente explícito, referindo-se à atuação do Estado (NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

⁵⁸ Aponta Nucci: “Embora pudéssemos tratar o tema sob o enquadramento do princípio da igualdade, que, em primeira análise, parece ser o adotado pela Constituição Federal (“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, art. 5º, *caput*), parece-nos mais adequado cuidar do princípio sob a denominação de isonomia, com uma significação mais ampla e harmônica, inclusive objetivando o estudo da individualização da pena. São os seres humanos naturalmente desiguais. Desse modo nascem e nessa perspectiva crescem, desenvolvem-se e morrem, devendo o Direito tratá-los todos de maneira igualitária, significando prever, nas normas, quando possuírem os mesmo destinatários, critérios e garantidores para cada um receber o que é seu, bem como, quando necessário, tratar desigualmente os desiguais, fórmula mais próxima do ideal de isonomia material e não meramente formal. A igualdade *perante* a lei, portanto, é um princípio que se volta ao legislador e ao aplicador do Direito, determinando ao primeiro a construção de um sistema de normas viáveis de modo a garantir, no momento de sua aplicação, que as diferenças naturais entre os destinatários dessas normas sejam respeitadas, viabilizando a concretização da isonomia. No campo penal não é diferente. O legislador deve construir tipos penais incriminadores, valendo a todos os brasileiros, pois não haveria sentido em escolher como criminosa uma determinada conduta para uns, não o fazendo para outros, desde que preencham as mesmas características e estejam inseridos em idêntico contexto [...] Outra não é a função do princípio constitucional da individualização da pena, visando a concretização da igualdade *perante* a lei, mas desigualando, na prática, os

Nesse diapasão, a *intervenção mínima*⁵⁹ traz como consequência a observância aos *princípios da fragmentariedade (necessidade ou subsidiariedade); da lesividade; da (dupla face da) proporcionalidade*⁶⁰; e da *humanidade das penas* (sentimento de *pietatis causa* e o *favor rei*)^{61, 62}.

desiguais, rendendo culto à isonomia” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 39-41, grifo do autor).

⁵⁹ PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 74-5; BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 158.

⁶⁰ Assinala Antonio Carlos da Ponte que o princípio da proporcionalidade encontra lastro nos incisos XLIII, XLIV, XLVI e XLVII, do artigo 5º da Magna Carta. Já a proibição do excesso afigura-se como uma norma implícita na maioria das Constituições. Calha reforçar que o princípio da proporcionalidade não se confunde com a razoabilidade, porquanto o primeiro tem origem germânica, ao passo que o segundo é decorrência da atividade jurisprudencial norte-americana (PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 79-82).

⁶¹ Todavia, a *idade avançada* do criminoso não deve impedir que lhe seja imposta pena privativa de liberdade, prevalecendo o *jus puniendi* do Estado em detrimento do *status libertatis* do infrator. (PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 84-6, grifo do autor).

⁶² Para Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya: “São inúmeras as consequências da adoção do princípio da intervenção mínima nas distintas vertentes do Direito Penal. Entre elas, convém destacar o *princípio da humanidade* e o *princípio da proporcionalidade*, por este aspecto conectando com o princípio da legalidade e de culpabilidade. O primeiro contém considerações a respeito do fato de que o Direito Penal está pensando em termos do homem e atua sob a forma de um mal que é imposto a esse mesmo homem. O castigo, em nenhum caso, pode ultrapassar os limites mínimos da dignidade humana. No segundo, representa nada mais que a concreção de um idéia geral de justiça. Ele se expressa, por exemplo, no âmbito da pena, com a abolição das penas infamantes como as galés, os suplícios, etc. Assim, também nos parece contrário ao princípio de intervenção mínima, no que respeita à humanidade, o uso que ainda se faz da *pena de morte*. A abolição da pena de morte foi – e uma vez que ainda segue sendo aplicada em alguns países -, é e deve ser um propósito do programa de Direito Penal baseado na intervenção mínima em sua expressão político-criminal. Na opinião de Albin Eser, “a pena de morte resulta já quase indefensável desde a perspectiva tradicional dos *fins da pena*”. Isso porque evidentemente a prevenção especial resta abandonada na medida em que com “a eliminação física do delinquente se impossibilita na raiz sua eventual reeducação”. A idéia de prevenção geral, em sua vertente positiva, exporia “a debilidade do Estado correspondente”, já que este comprova não ter “outra forma de dominar o delinquente que não seja precisamente mediante sua eliminação física”. E, finalmente, não se pode falar nem mesmo de prevenção geral negativa, pois, “quando o Estado só crê possível lograr a intimidação entregando à morte a um ser, afinal totalmente indefeso frente àquele [...] se manifesta uma vez mais a debilidade [...] do Estado. A *prepotência exterior* demonstra frente ao indivíduo condenado a morte, através de todo o aparato de execução técnico e pessoal, apenas pode ocultar a *impotência interior* frente à coletividade.”. Com efeito, a pena de morte não tem mais espaço que ocupar no Direito Penal de nossos dias. Atualmente, também faz parte do programa de Direito Penal mínimo a luta contra a *privação de liberdade dessocializante*. Deve-se ter em consideração que as penas de encarceramento de curta duração não produzem ressocialização, mas, ao contrário, produz, em maior ou menor medida, uma certa dose de dessocialização. No campo do processo penal, por exemplo, se deixou em tempos distantes o uso da tortura como meio de investigação por ser atentatório contra a dignidade do homem. Modernamente, ainda seguem existindo pontos onde o operador do processo penal deve manter sua atenção concentrada no princípio de humanidade. Pode-se questionar a expansão e os abusos contra direitos como a privacidade, através das escutas telefônicas, as vigilâncias por satélite e as quebras de sigilo. No campo da execução da pena, também tem cabimento o princípio de humanidade, ainda mais quando se têm em mente as degradantes condições da maioria das prisões da América do Sul. Um dos efeitos no campo da execução da pena é a determinação absoluta da progressividade de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade em qualquer delito, uma vez que o Estado não pode furtar-se à consideração do caráter humano do apenado. Por ser humano, o preso não pode ser submetido à deliberada degradação de sua cidadania. Assim, proada a dessocialização do cárcere, a manutenção em permanente regime fechado implica a desistência de parte do Estado de seu dever de preservação de cidadania [...] No *princípio da proporcionalidade*, segundo Sánchez García, trata-se de plasmar a idéia de igualdade concreta, “tratando igualmente ao igual e desigualmente ao desigual”. Carbonell Matteu também afirma que podem ser postos em relação ao princípio de proporcionalidade e o princípio de igualdade e, como consequência, menciona que a tratativa com penas

O *princípio da proporcionalidade* também desempenha acentuada importância, pois confere balizamentos ao conceito de justiça em um Estado Democrático de Direito, em especial à pena. É dizer, apresenta-se, pela sua *dupla face*, como um ponto de equilíbrio entre a *proibição da proteção de excesso* e da *proteção insuficiente*. Deve, portanto, servir como fonte inspiradora nos três estágios de *individualização da pena* – quais sejam, nas atividades *legislativa, judiciária e executória*⁶³ -, estabelecendo balanceada proporção entre o delito e a correlata sanção penal.

É bem verdade que são os delitos os fatos que interferem de forma mais contundente nos bens essenciais da vida das pessoas, sendo-lhes cominada a modalidade mais grave de sanção: a pena (*privativa de liberdade*).

Nesse vértice, interfere a pena em bens valiosos do infrator, constituindo-se, conforme assinala Maria da Conceição Ferreira da Cunha, em uma “*espada de dois gumes*”, porquanto a intervenção penal tutela bens jurídicos mediante lesão dos mesmos, é dizer, salvaguarda os bens jurídicos do ofendido, mas restringe os bens do infrator.⁶⁴

Assim, convencionou o homem que a *liberdade* é a regra no convívio social, razão pela qual o direito penal deve incidir somente em última circunstância e excepcionalmente (*ultima ratio legis*), pois desponta como ramo jurídico extremo, tendo o condão de restringir a própria liberdade por meio de sanções de intensa gravidade, tal como a pena privativa de liberdade – daí derivando o *princípio da fragmentariedade* (*necessidade* ou *subsidiariedade*), corolário da *intervenção mínima* (“*ultima ratio legis*”).

idênticas a hipóteses delitivas diferentes estaria ferindo, simultaneamente, os dois princípios. Expressa-se principalmente em dois pontos: um *interno*, da própria norma, quando se refere ao fato de que a proporcionalidade de reação do Estado à aflição ou ao castigo deve concordar com o grau de importância do bem jurídico; *outro, externo*, se refere à necessária proporcionalidade entre a reação do Direito Penal frente aos distintos ataques aos bens jurídicos, é dizer, a manutenção, já que “não é somente preciso ponderar o grau de liberdade que se consegue com a limitação penal e o benefício que se obtém com esta, mas também as diferentes intervenções do Direito Penal entre si”. Ademais, o faz sempre pelo sentido “negativo”, é dizer, servindo de suporte para as contestações das normas jurídicas que exprimem desproporções. [...] A pena deve ser proporcional à gravidade do desvalor da ação e do resultado, sempre considerando o grau de importância do bem jurídico em apreço.” (BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 164-6, grifo do autor).

⁶³ A individualização da pena apresenta-se em três estágios: (i) *legislativo*, cabendo ao legislador determinar, ao elaborar o tipo incriminador, as penas mínima e máxima que sejam necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do delito; (ii) *judiciário*, na qual o juiz, tomando em conta os preceitos primário e secundário do tipo incriminador, fixa montante ao condenado pelo delito perpetrado, seguindo, à luz do Código Penal de 1940 (com a reforma de sua Parte Geral dada pela Lei 7.209/1984), o sistema trifásico para as penas privativa de liberdade (*ex vi* do artigo 68), ou o sistema bifásico para a sanção pecuniária ou multa (nos contornos do artigo 49); e (iii) *executória*, em que o magistrado determina o cumprimento da sanção imposta ao sentenciado. As três etapas acima se entrelaçam, convergindo todas para uma mesma finalidade que se pretende alcançar com a imposição da pena (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 36).

⁶⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Editora Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 23-7.

Logo, a *gravidade da sanção* deve ser sopesada proporcionalmente à *gravidade da lesão*. Preconizam Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya: “A pena deve ser proporcional à gravidade do desvalor da ação e do resultado, sempre considerando o grau de importância do bem jurídico em apreço”⁶⁵.

Com lastro nesses fundamentos, sedimenta-se o pensamento jurídico-penal de que, em sociedades democráticas e plurais, deve o direito penal constituir-se em instrumento de proteção dos bens fundamentais da comunidade para a autorrealização humana.

Nessa rede principiológica, exsurge o *princípio da culpabilidade* à luz da *individualização da pena*.

Insta ponderar, conforme apregoado por Busato e Huapaya⁶⁶, que a doutrina penal emprega “*culpabilidade*” nas mais variadas acepções: (i) como *categoria dogmática*⁶⁷, atinente ao conceito de delito (isto é, *elemento do delito*, ao lado do fato típico e da antijuridicidade)⁶⁸ ou de *pressuposto* de aplicação da pena; (ii) como *gradação da pena*, na

⁶⁵ In: BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 166, grifo nosso.

⁶⁶ BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 143-44.

⁶⁷ Na teoria do delito, a culpabilidade pode apresentar diversos conceitos conforme a teoria de sustentação perfilhada, que pode ser: (i) teoria psicológica (à luz da teoria causalista); (ii) teoria normativa ou psicológico-normativa (também sob o manto da teoria causalista); (iii) teoria normativa pura (sob a égide da teoria finalista; iv); e (iv) teoria funcionalista. No que se refere à *teoria psicológica*, é a culpabilidade importante elemento do crime, já que traz em seu bojo a culpa em sentido lato (ou seja, dolo ou culpa em sentido estrito), a qual representa o aspecto subjetivo do delito, sendo que a imputabilidade penal é pressuposto da culpabilidade, ou seja, para se constatar se agiu o autor com dolo ou culpa, deve-se verificar, em um estágio prévio, se é ele imputável. A *teoria normativa* (ou psicológico-normativa) também é consagrada pela escola causal, enfatizando não só o aspecto subjetivo (ou psicológico) da culpabilidade (dolo ou culpa), senão também seu aspecto normativo, acrescentando o juízo de reprovação social (juízo de censura) que deve ser feito em relação ao autor do fato típico e antijurídico. Logo, a culpabilidade, de acordo com essa corrente, se compõe de: imputabilidade; dolo ou culpa em sentido estrito, sendo que o dolo traz em seu bojo a atual consciência da ilicitude; e exigibilidade e possibilidade do agente atuar conforme as regras do direito. A *teoria normativa pura*, por seu turno, é privilegiada pela escola do finalismo, constituindo-se a culpabilidade em um juízo de reprovação social que incide sobre o autor e o fato típico e antijurídico, devendo o agente apresentar: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude; e possibilidade e exigibilidade de comportamento conforme as regras do direito (exigibilidade de conduta diversa). Parte da doutrina entende que o juízo de reprovação social deve incidir apenas sobre o autor – e não sobre o fato. Em que pese tal entendimento, a reprovação social (juízo de censura) deve recair não apenas sobre o autor, mas também sobre o fato. Reprova-se quem fez e o que fez, sendo que há fatos mais reprováveis que outros, assim como agentes mais censuráveis que outros, havendo uma típica classificação da culpabilidade em culpabilidade do fato e culpabilidade do autor. Já o *funcionalismo*, em linhas gerais, sustenta que a culpabilidade é delineada pelas finalidades preventivas-gerais da pena, bem como pela política criminal do Estado, vale dizer, a culpabilidade revela-se como a falta de fidelidade do agente ao direito.

⁶⁸ Para os adeptos dessa corrente, a culpabilidade integraria o conceito de crime, constituindo-se em um de seus elementos. Logo, os elementos do crime, quando analisados, se sucederiam na seguinte ordem: fato típico, antijuridicidade e, por fim, culpabilidade. Em se tratando de conceito analítico do crime (formal ou dogmático), o Código Penal de 1940 – mesmo após a Reforma de 1984 – não acolheu nenhuma escola penal referente à teoria do delito, havendo um típico ranso e combinação de teorias. Em sua redação original, pode-se dizer que há resquícios de ter o Código de 1940 acolhido um conceito tripartido de crime, sob a égide da escola clássica (causal, naturalística ou mecanicista), trazendo a seguinte estratificação (tripartida): fato típico, antijurídico e culpável. Já com o advento da Lei 7.209/1984, que introduziu a Reforma da Parte Geral do Código Penal, suscitaram-se debates dogmáticos no sentido de se determinar se o direito penal brasileiro havia acolhido a teoria

qual se fixam parâmetros, por força do princípio da proporcionalidade, na relação entre culpa e castigo; (iii) como *conceito político-criminal* e *limite do jus puniendi*, fundados nos princípios da *responsabilidade pessoal* (*subjéctiva* ou *culpabilidade em sentido estrito*), da *responsabilidade pelo fato*, da *presunção de inocência* (*não-consideração prévia de culpabilidade*) e da *individualização da pena*; e (iv) como princípio que demanda a comprovação de *dolo ou culpa* para embasamento da responsabilidade penal⁶⁹, rechaçando-se a responsabilidade penal objectiva.

Aponta a doutrina que a *culpabilidade*⁷⁰ – mormente em seu *conceito político-criminal* e *limite do ius puniendi* - decorre dos *princípios da responsabilidade pessoal* e, sobretudo, da *dignidade da pessoa humana*, pois não há crime sem dolo ou culpa (“*nullum crimen sine culpa*”), sendo a pena determinada conforme o obrar doloso ou culposo do agente, rechaçando-se a responsabilidade penal objectiva.⁷¹

finalista, seja com sua estratificação tripartida seja com sua base bipartida. Nessa senda, entende boa parte da doutrina ter sido acolhida a teoria bipartida do crime à luz da escola finalista, permanecendo o fato típico e a antijuridicidade como elementos do crime, ao passo que a culpabilidade tornou-se mero pressuposto de aplicação da pena. Segundo essa concepção, a culpabilidade não pode ser reputada como elemento do crime pelo fato de ter se tornado uma *culpabilidade vazia*, já que o dolo e a culpa *stricto sensu*, que antes se alojavam na actual consciência da ilicitude no campo da culpabilidade (à luz da escola causal), foram transferidos para a tipicidade no âmbito do fato típico. Assim, houve um esvaziamento da culpabilidade pela exclusão do dolo no âmbito da culpabilidade. A construção da teoria finalista bipartida partiu da iniciativa de Dotti, por meio de um trabalho desenvolvido, intitulado “*O Incesto*”, em 1976, tendo ganhado terreno no Brasil por Damásio Evangelista de Jesus. Houve, no entanto, uma interpretação equivocada sobre tal teoria e de alguns tipos penais, a exemplo do crime de receptação. Recentemente, Dotti procura revigorar seu entendimento (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 197, nota de rodapé). Em que pese a reverência por tal estudo, entende-se que a culpabilidade se afigura como *elemento do crime*, seguindo-se a linha da teoria normativa pura sob a ótica finalista. Logo, constitui-se em fundamento e limite da aplicação da pena, deixando de ser mero pressuposto de sua aplicação. “*Elemento*” significa “*fundamento*”, “*base*” a partir da qual se constrói uma concepção. Difere-se de “*pressuposto*”, que significa “*fato*” ou “*circunstância*” que antecede ao outro. Assim, a culpabilidade, uma vez considerada como elemento, demanda a análise sucessiva de todos os demais elementos do crime, na seguinte ordem: fato típico, antijuridicidade e culpabilidade. Portanto, a infração penal, em regra, não resta configurada se o fato é típico e antijurídico, mas ausente a culpabilidade. Quer dizer, toda infração, para restar aperfeiçoada, gera como reflexo o juízo de censura do fato e do agente (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 109-13 e 143).

⁶⁹ Advertem Busato e Huapaya que a culpabilidade, de acordo com esse sentido, foi concebida na forma de princípio, pois refere-se precipuamente, *in casu*, ao dolo e a culpa, os quais integram não a culpabilidade em si, mas a tipicidade no âmbito do fato típico (precisamente, formam a tipicidade subjéctiva) (BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 144).

⁷⁰ A culpabilidade não se apresenta como um princípio explicitamente consagrado na Constituição brasileira, mas é implícito. Cabe dizer, são os princípios da *responsabilidade pessoal* e *subjéctiva pelo fato*, assim como a *individualização* e a *humanidade* das penas, expressamente consagrados nos incisos XLV, XLVI e XLVII do artigo 5º da Magna Carta. Tendo em vista que esses princípios são consectários da culpabilidade (em seu conceito *político-criminal* e *limite do jus puniendi*), logo pode-se concluir ser a própria culpabilidade privilegiada como princípio implícito na ordem constitucional brasileira (LUISI, p. 32 *apud* BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 144).

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

Assim, segundo Antonio Carlos da Ponte, a *dignidade da pessoa humana* confere fundamento axiológico à culpa, delimitando a responsabilidade do homem pelo fato delituoso perpetrado.⁷²

Dessa forma, a *culpabilidade* - em seu *conceito político-criminal e limite do jus puniendi* -, apresenta-se como fundamento da *individualização da pena*, já que propicia a *responsabilidade pessoal e pelo fato* e a *presunção de inocência*, tomando em conta o juízo de reprovabilidade do agente, seus antecedentes, conduta social, personalidade, comportamento da vítima e motivos e circunstâncias do delito, sempre prestigiando a proporcionalidade entre pena e comportamento delituoso.⁷³

Nessa vereda, o *princípio da individualização* da pena é consectário do *princípio da culpabilidade* (em seu sentido *político-criminal e limite do jus puniendi*), o qual, por seu turno, emerge da *dignidade da pessoa humana*.

Evidente, pois, a existência de uma cadeia principiológica que se conduz rumo à *individualização da pena*, tendo o desiderato de *humanização* das sanções.

Salienta-se que, na *responsabilidade pelo fato*, a pena deve ser delineada, predominantemente, com baluarte na *culpabilidade do fato* (*direito penal do fato*), afastando qualquer *culpabilidade do agente* (*direito penal do autor*), sendo sempre necessário recorrer, quando de sua dosimetria, a dados e condições pessoais do infrator, visando a melhor compreensão de seu comportamento e a determinação de uma pena justa com vistas à retribuição pelo delito praticado.

⁷² Os moldes da sanção penal devem resultar da conjugação de todos os princípios correlatos a essa acepção – quais sejam, os princípios da *responsabilidade pessoal* (ou *subjetiva* ou da *intranscendência* ou da *intransmissibilidade* ou da *culpabilidade em sentido estrito*), da *responsabilidade pelo fato*, da *presunção de inocência* (ou *não-consideração prévia de culpabilidade*) e da *individualização da pena*. A individualização da pena concretiza que a responsabilidade penal do agente é pessoal, jamais podendo transcender ao próprio criminoso (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 43).

⁷³ Comungando do entendimento de Antonio Carlos da Ponte: “Possui o princípio da culpabilidade gabarito constitucional em vários países. No Brasil, fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, proibindo a responsabilidade objetiva, que leva em consideração apenas o resultado produzido, sem qualquer perquirição acerca da existência de dolo ou culpa na conduta do agente; exigindo a individualização da pena, que deverá ser lastreada no juízo de reprovabilidade do agente, nos antecedentes, na conduta social, na personalidade do acusado, no comportamento da vítima e nos motivos e circunstâncias ensejadores do delito; prestigiando a proporcionalidade entre a pena aplicada e o comportamento criminoso. O princípio da culpabilidade exerce atividade limitativa à intervenção punitiva do Estado, na medida em que só legitima a ação deste, a partir da prática, em tese, de uma conduta típica e antijurídica e, ao mesmo tempo, proíbe excessos na aplicação da reprimenda por parte do Estado-juiz; atua ainda, como fundamento do *jus puniendi* estatal, concretizado por meio de imposição de pena, desde que aprovada a responsabilidade do agente, tal como assinalado” (PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73).

Nessa perspectiva, ganha terreno o *princípio da individualização das penas*, eis que, conforme assinalam Busato e Huapaya, o princípio da culpabilidade passa a transcender o campo da imputação jurídico-penal e do processo, alcançando a execução penal.⁷⁴

Consagra-se uma *culpabilidade individual*, pois deve cada infrator ter o direito a uma pena individualizada pelo delito praticado. Vale dizer, a pena deve incidir de forma ajustada e pormenorizada, tendo-se em conta os fins que se pretende alcançar por meio dela.

Em síntese, a *individualização da pena* consiste em fixar a justa e adequada sanção penal, no sentido de se estabelecer o montante, o perfil e os efeitos da condenação a incidirem sobre o sentenciado, conferindo-lhe tratamento único e distinto dos demais infratores, mesmo que coautores ou corréus. Tem o fim de impedir a padronização da reprimenda de forma “*mecanizada*” ou “*computadorizada*”.⁷⁵

Para tanto, levam-se em conta as condições do agente e as circunstâncias do fato delituoso, pois há de se convir que, se é a pena destinada à pessoa do agente (não podendo dele transcender), deve ser-lhe ajustada de acordo com suas condições subjetivas (*pessoais*) e objetivas (*fáticas*).

Do exposto, forçoso é concluir a existência de uma rede de princípios com vistas à humanização das penas, principiando-se da *dignidade da pessoa humana* e da *culpabilidade* (em seu *sentido político-criminal* e do *jus puniendi*) em direção à *individualização da pena*, com o escopo de tornar a própria pena cada vez mais humana e justa à responsabilidade pessoal do infrator.

⁷⁴ BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 157-58.

⁷⁵ Para Nucci: “*Individualizar* significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a estandardização, o distinguir algo ou alguém, dentre de um contexto. A *individualização da pena* tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “*mecanizada*” ou “*computadorizada*” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto. Como diz José Antonio Paganella Boschi, o princípio da individualização da pena, que “visa resguardar o *valor do indivíduo* – precisa ser juridicamente considerado. A atitude implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o *homem tem de particular*”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 34, grifo do autor). Também conferir: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica. Fauzi Hassan Choukr. Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 405.

3. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

3.1. DOCTRINA E LEGISLAÇÃO

Historicamente, a pena, em particular a sua *aplicação e individualização*, sempre suscitou reflexões das mais variadas nuances, seja no âmbito dogmático e jurisprudencial, seja na realidade político criminal de diversos países, como no caso do Brasil.

Mesmo que contemplada ou não pelo ordenamento penal brasileiro em épocas passadas, a *individualização da pena* deve ser compreendida sob o seguinte ângulo histórico: instituições indígenas; Ordenações do Reino, abrangendo as Ordenações Afonsinas (1500 a 1512), Manuelinas (1512 a 1569), o Código de D. Sebastião, (1569 a 1603) e as Ordenações Filipinas (1603 a 1830); Código Criminal do Império (de 1830); Código Penal Republicano (de 1890); Consolidação das Leis Penais, pelo Desembargador Vicente Piragibe (Decreto nº 22.213, de 14.12.1932); Projeto Alcântara Machado (de 1938), que embasou o Código Penal de 1940; Anteprojeto de Néelson Hungria (de 1963); Código Penal de 1969 (Decreto-lei 1.004/1969); Lei 6.016/1973, que alterou o Código Penal de 1969 – sendo o Código Penal de 1969 revogado pela Lei 6.578/1978, sem ter entrado em vigor; Anteprojeto Cernicchiaro de Parte Especial (de 1983 e 1984); Anteprojeto Assis Toledo, da Parte Especial (nos idos de 1981 a 1984); Esboço Lins e Silva (de 1997 a 1999); Projeto Abi-Ackel (Projeto nº 3.473/2000), de Parte Geral, em especial o sistema de penas; e Projeto de Lei nº 236, de 2012.⁷⁶

Nessa toada, preconiza René Ariel Dotti que todos os diplomas legais e projetos de lei desenvolvidos na seara penal nacional devem servir como bases ideológicas para a elaboração de um novo texto criminal.

Infere-se que, no que toca ao recente Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, o legislador penal apartou-se dos diplomas e projetos criminais anteriores, assim como das reflexões dogmáticas sobre a *individualização da pena* até então robustecidas no cenário penal brasileiro.

Em verdade, a Comissão do Anteprojeto cingiu-se unicamente à análise, e nem mesmo em sua inteireza, do contexto do Código Penal de 1940, deixando de seguir documentos penais até então editados, dentre os quais a Exposição de Motivos da Parte Geral de 1940 e de 1984; do Código Penal de 1969; dos Anteprojeto da Parte Especial de 1984 e 1999 e a

⁷⁶ DOTTI, René Ariel. Algumas bases ideológicas do projeto 236/2012. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 240, p.2-4, nov. 2012, especialmente p. 02.

página redigida pelo Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, que antecede ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973).⁷⁷

Obtempera Luis Jiménez de Asúa que o processo de uma reforma penal deve ocorrer nos seguintes parâmetros: (i) quando revelar-se absolutamente necessária; (ii) o novo corpo de leis deve ser feito por nacionais, pois deve se coadunar com as normas de cultura local e não ser estranha ao povo; (iii) deve embasar-se não apenas na convicção científica, como também na política criminal e em princípios liberais; e (iv) deve realizar-se de maneira integral, despertando um novo espírito de atuação dos magistrados, além de criar avançadas instituições na realidade social.⁷⁸

De acordo com a atual conjuntura do direito penal nacional, a elaboração legislativa de um novo Código Penal deve prezar pela *codificação*⁷⁹ ou *consolidação das leis penais* até vigentes no país.⁸⁰ Em miúdos, a atuação do legislador penal deve seguir uma linha sistêmica, em homenagem aos *princípios da legalidade* e da *segurança jurídica*, a ponto do ordenamento jurídico apresentar *unidade, coerência e completude*.

3.1.1. INSTITUIÇÕES INDÍGENAS E ORDENAÇÕES DO REINO

Tendo em vista as peculiaridades do conjunto primitivo da época, as instituições indígenas brasileiras ainda não conferiam esmerado tratamento às sanções penais, pois toda

⁷⁷ DOTTI, René Ariel. Algumas bases ideológicas do projeto 236/2012. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 240, p.2-4, nov. 2012, especialmente p. 04.

⁷⁸ ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal. Concepto del derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950, p. 1099-1100.

⁷⁹ A codificação teve como nascedouro a escola hermenêutica do predominante legalismo ou dogmatismo, que se compõe de outras três escolas: (i) escola da exegese; (ii) escola dos pandectistas; (iii) escola analítica. A *escola da exegese* é considerada o grande marco da codificação, tendo a França como nascedouro, com os códigos de Napoleão, sobretudo o Código Civil de 1804. Consagrava a perfeição do sistema normativo, no sentido de que a legislação era completa, de modo que a lei apresentava todas as respostas às situações jurídicas. Havia um forte culto à codificação e a vontade do legislador, sendo que a própria codificação trazia a solução para todo e qualquer caso. A *escola dos pandectistas* também consistiu em manifestação do positivismo jurídico do século XIX. O direito era considerado um corpo de normas positivas, conferindo destaque à norma legal e às respectivas técnicas de interpretação. A *escola analítica de jurisprudência* também é manifestação do positivismo jurídico. O direito situava-se completamente afastado da ética, cabendo ao legislador ou ao filósofo o estudo dos aspectos morais, enquanto que aos juristas incumbia a compreensão do direito positivo. Noutro giro, a *escola científica* (direito livre) sustenta que o conteúdo da norma deve ser compreendido de acordo com os pilares científicos do direito.

⁸⁰ João Batista Herkenhoff analisa o desenvolvimento do *Civil Law* e do *Common law* de acordo com a interpretação e hermenêutica adotada em cada modelo, discorrendo desde a tendência da codificação até a interpretação e hermenêutica mais aberta dos textos legais. Propõe a divisão das escolas hermenêuticas em três grupos: (i) escolas de predominante legalismo ou dogmatismo; (ii) escolas de reação ao predominante legalismo ou dogmatismo; (iii) escolas abertas a uma interpretação mais livre (HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense: Forense, 2011, p. 33-34).

ideia de direito penal vinculava-se ao direito costumeiro. De qualquer sorte, as tribos já apresentavam interessantes formas de convívio e estágio de evolução.⁸¹

Em linhas gerais, as sanções relacionavam-se, preponderantemente, à concepção de retribuição, consubstanciada na vingança privada⁸², havendo certa incultura do povo nativo à época, em virtude da falta de governantes e de uma justiça organizada.⁸³

Seguindo a marcha histórica, surgiram as Ordenações do Reino, abrangendo as Ordenações Afonsinas (1500 a 1512), Manuelinas (1512 a 1569), o Código de D. Sebastião, (1569 a 1603) e as Ordenações Filipinas (1603 a 1830), de modo que o direito português

⁸¹ Para José Henrique Pierangeli: “Quando se processou a colonização do Brasil, as tribos aqui existentes apresentavam diferentes estágios de evolução. Os tupis apresentavam um desenvolvimento superior ao dos tapuias, estes chamados por aqueles de bárbaros. Toda idéia de Direito Penal que se possa atribuir aos indígenas está ligada ao direito costumeiro e afirma-se que nele se encontram a vingança privada, a vingança coletiva e o talião. A guerra nunca era movida por motivos econômicos, pelo menos até o descobrimento. O motivo das hostilidades era capturar prisioneiros para os ritos antropofágicos, a tomada de troféus ou para vingar os parentes mortos. As crianças erram castigadas para que aprendessem a urbanidade. “A polidez e o respeito mútuo eram encarados como a forma ideal para atingir a vontade dos filhos e incitá-los aos exemplos dos mais velhos” Martins Júnior noticia que os historiadores nacionais “costumam dedicar aos primitivos habitantes do Brasil páginas inteiras relativas a certas instituições ou usos selvagens de alçada perfeitamente jurídica”. Em algumas tribos havia o casamento monogâmico, contudo, a poligamia era a constante, sendo que as famílias tinham, na maioria das vezes, como base o sistema patriarcal e o parentesco só se transmitia pelo lado paterno. Observou-se, entretanto, vestígios de poliandria – o casamento de uma mulher com vários homens -. Se um índio se apaixonasse por uma donzela, deveria se entender com o pai da moça, e, se não fosse aceito, em muitos casos, procurava o desterro, voluntariamente. O furto a estrangeiros hóspedes que não fossem conhecidos, era perfeitamente lícito. O adultério, na maioria das vezes, era fato indiferente. Quando muito, dava origem ao espancamento da mulher. Dado o seu primarismo, as práticas punitivas das tribos selvagens que habitavam o nosso país, em nenhum momento, influíram na nossa legislação” (PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980, p. 05-06).

⁸² GONZAGA, João Bernardino. *O direito penal indígena: à época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p 123-28; PIMENTEL, Manoel Pedro. *Estudos e pareceres de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 11-2; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p 55.

⁸³ Na lição de João Bernardino Gonzaga, os comportamentos ofensivos de uma tribo contra bandos não aliados ou seus membros eram até então considerados normais, porquanto configuravam contextos de guerra, conferindo ao grupo atingido o dever de represália. Contudo, revelavam-se insatisfatórios os fatos ocorridos no interior de certa tribo, em que se empregava o sistema talional, de modo que a repressão e modo por meio da qual se realizava ficava a cargo do ofendido ou de seus representantes, seguindo-se a idéia de vingança privada, é dizer, uma “vingança de sangue”. Nesses termos, predominavam as formas de punição corporais, mas também era comum entre os povos antigos a “perda da paz”, consistente na exclusão da comunidade, tanto no sentido físico como no moral. Aponta-se, outrossim, o uso da composição indenizatória em alguns agrupamentos a partir do século XIX, mas já após a alteração de vários comportamentos dos hábitos grupais da época. A pena capital era realizada mais comumente pelo emprego do tacape, consistente em forma de execução adotada em rituais de sacrifício dos inimigos. Já em outras regiões, aplicava-se veneno. Também há relatos de sepultamento de pessoas vivas, que seria aplicado principalmente a crianças. Apontam-se outras formas de execução que teriam sido imitadas dos colonizadores europeus, tais como o enforcamento, o afogamento e o açoitamento. Já a privação da liberdade não era comum entre os povos antigos, sendo empregada apenas em certas circunstâncias, como para deter os inimigos ou, então, nas horas que antecediam ao seu sacrifício. Por derradeiro, indícios não há de ter sido a tortura adotada entre os povos indígenas brasileiros, sendo apenas comum entre os brasílios, a título de exemplo, a prática de atos de violência, que seriam típicos de sua formação rude. Em suma, eram os grupos inclinados naturalmente a matar, embora não fossem cruéis (GONZAGA, João Bernardino. *O direito penal indígena: à época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p 128-29).

vigorou no Brasil desde a colonização, razão pela qual muito se diz que a história do direito penal brasileiro é deveras mais antiga que a própria história do Brasil.⁸⁴

No que toca às Ordenações Afonsinas e Manuelinas, era a pena privativa de liberdade aplicada como meio de garantir o julgamento ou como instrumento coercitivo ao pagamento da pena pecuniária.

Já nas Ordenações Filipinas, chamadas por parte da doutrina de “*direito penal do terror*”, adotavam-se certas formas de suplício, isto é, formas de pena de morte, que eram utilizadas contra os inconfidentes de Minas Gerais, a exemplo do que ocorreu com Tiradentes.

⁸⁴ Obtempera Antonio Carlos da Ponte: “Tiveram vigência no Brasil as Ordenações Afonsinas (1500 a 1512), Manuelinas (1512 a 1569), o Código de D. Sebastião (1569 a 1603) e as Ordenações Filipinas (1603 a 1830), cujo Livro V bem refletia o Direito Penal da época, que tinha a pena de morte como sanção aplicada quase que invariavelmente e era marcado pela falta de critério na distinção entre pecado e crime. A ausência de sistematização da matéria criminal era marca de tal legislação, representada por um número excessivo de crimes, os quais se encontravam dispersos em tipos vagos, obscuros e, não poucas vezes, conflitantes. Nas Ordenações do Reino não são encontrados quaisquer resquícios de matéria eleitoral penal.” (PONTE, Antonio Carlos. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22). No mesmo sentido, Pierangelli: “O Direito Penal que vigorou no Brasil, desde o seu descobrimento até a independência, tinha por fonte o Livro V das Ordenações do Reino. Quando o Brasil foi descoberto, vigoraram as Ordenações Afonsinas, que mandadas compor por D. João I. O trabalho, executado sob a influência do direito romano e do direito canônico, foi concluído em 1446 [...] Revisto o trabalho por outros juristas foram as Ordenações do Reino publicadas a 11 de janeiro de 1603, já sob o reinado de Felipe II, de Portugal. Restaurada a monarquia portuguesa, foram as Ordenações Filipinas revalidadas pela lei de 29 de janeiro de 1643, de D. João IV. Assim, as legislações Afonsinas não chegaram a influir no Brasil, ressalvadas as disposições que foram enxertadas nas Ordenações Manuelinas. Estas sim, embora fossem escassos os agrupamentos, todos localizados na faixa litorânea, chegaram a ter alguma aplicação no período das capitânias hereditárias, principalmente nas de São Vicente e Pernambuco, que mais haviam prosperado e bem mais ao tempo dos governadores-gerais. Durante o regime das capitânias, o que de fato regia era o arbítrio do donatário, um direito informal e personalista, mesmo porque as cartas de doação entregavam aos donatários o exercício de toda justiça. Ao tempo dos governadores-gerais, mais centralizada e com uma administração da justiça mais disciplinada, tornou-se um pouco mais efetiva a aplicação da legislação do reino. De todas, foram as Ordenações Filipinas as que mais tiveram aplicação. Numa síntese perfeita, Batista Pereira assim se manifestou: “Espelho, onde se refletia, com inteira fidelidade, a dureza das condições contemporâneas, era um misto de despotismo e de beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspirada em falsas idéias religiosas e políticas, que invadindo as fronteiras da jurisdição divina, confundia o crime com o pecado, e absorvia o indivíduo no Estado fazendo dele um instrumento. Na previsão de conter os maus pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa, na graduação do castigo obedecia, só, ao critério da utilidade. Assim, a pena capital era aplicada com mão larga; abundavam as penas infamantes, como o açoite, a marca de fogo, as galés, e com a mesma severidade com que se punia a heresia, a blasfêmia, a apostasia e a feitiçaria, eram castigados os que, sem licença de El-Rei e dos Prelados, benziam cães e bichos, e os que penetravam nos mosteiros para tirar feiras e pernoitar com elas. A pena de morte natural era agravada pelo modo cruel de sua inflação; certos criminosos, como os bigamos, os incestuosos, os adúlteros, os moedeiros falsos eram queimados vivos e feitos em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura se pudesse haver memória. Com a volúpia pelo sangue, negação completa de senso moral, dessa lei que, na frase de Cícero, é *in omnibus difusa, naturae, congruens, constans*, eram supliciados os réus de lesa-majestade, crime tão grave e abominável, e os antigos sabedores tanto o estranharam, que o compararam à lepra, porque, assim como esta enfermidade enche o corpo, sem nunca mais se poder curar, assim o erro da traição condena o que a comete, e impede e infama os que de sua linha descendem, posto que não tenham culpa. A este acervo de monstruosidade outras se cumulavam: a aberrância da pena, o confisco dos bens, a transmissibilidade da infâmia do crime”. Mesmo com a vinda de D. João VI ao Brasil e a elevação do nosso país, à condição de Reino Unido, a legislação não se modificou e até mesmo D. Pedro I, que havia baixado as Bases da Constituição Política da Monarquia, em 10 de março de 1821, em lei de 20 de outubro de 1823, determinou que as Ordenações permanecessem em inteiro vigor na parte em que não tivessem sido revogadas, para por elas se regularem os negócios do interior do Império (PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980, p. 06-08).

Aplicava-se, no Brasil, o Livro V, que tinha por finalidade precípua incutir o temor pelo castigo, cominando demasiadamente a pena de morte.⁸⁵

3.1.2. CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO DE 1830

A Constituição de 1824 disciplinava, em seu artigo 179, §8º, a elaboração de um Código Criminal, além de abolir expressamente os suplícios e as penas infamantes, tais como os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis.

Sob esse prisma, o Código Criminal do Império (de 1830)⁸⁶ reduziu o número de delitos apenados com morte⁸⁷ – precisamente, de setenta para apenas três, como a insurreição de escravos, homicídio com agravante e latrocínio -, além de proibir a perseguição por motivos religiosos e a prisão sem culpa formada, sem flagrante delito ou sem ordem escrita de

⁸⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 56-7; CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 30.

⁸⁶ Para Pierangelli: “O artigo 179, § 18, da Constituição do Império impunha a urgente organização de “um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”. Os movimentos liberais e as novas doutrinas penais, aliadas às modificações sociais do tempo, impunham que essas novas concepções viessem influir na nova legislação. A própria Constituição já determinava, no artigo 179, a igualdade de todos perante a lei; a não retroatividade da lei penal e que a pena não passaria da pessoa do delincente. Embora determinasse a Carta de 1824 a urgência da elaboração do Código, só em 16 de dezembro de 1830 foi ele sancionado, com o nome de Código Criminal do Império. Sobre o projeto Bernardo Vasconcelos se assentaram os trabalhos da comissão mista da Câmara e do Senado, vindo o Código a se constituir numa obra que mereceu louvores dos penalistas de seu tempo. Comenta-se que penalistas como Haus e Mittermayer aprenderam português para lê-lo no original. Nesse Código presentes estão as idéias de Bentham, que também influenciou na elaboração dos Códigos Francês de 1810 e Napolitano de 1819, com os quais guarda, em muitas passagens, grande proximidade. O nosso Código Criminal do Império influenciou poderosamente na elaboração do Código Penal espanhol de 1848 e através deste em vários Códigos Penais de países da América Latina; Suas originalidades são assim enumeradas por Roberto Lyra “1º) – no esboço da indeterminação relativa e de individualização da pena, contemplando, já, os motivos do crime, só meio século depois tentado na Holanda e, depois, na Itália e na Noruega; 2º-) – na fórmula da cumplicidade (co-delinquência como agravante) com traços do que viria a ser a teoria positiva a respeito; 3º) – na previsão da circunstância atenuante da menoridade, desconhecida, até então, das legislações francesa, na politana e adotada muito tempo após; 4º) – no arbítrio judicial no julgamento dos menores de 14 anos; 6º) – na responsabilidade sucessiva nos crimes por meio da imprensa antes da lei belga, e, portanto, esse sistema é brasileiro e não belga, como é conhecido; 6º) – a indenização do dano ex-delicto como instituto de direito público, também antevisto positivista; 7º) na imprescritibilidade da condenação”. O Código, como todos, não era perfeito, o que originou uma série de críticas, principalmente por parte de Tobias Barreto. Não definia a culpa, referindo-se tão somente ao dolo. A lacuna, contudo, não se fazia sentir, porquanto só com o desenvolvimento dos meios de transporte passou ela a exigir uma elaboração legislativa, o que veio a ocorrer em 1871. O escravo recebeu no estatuto, tratamento desigual, embora assegurasse a Constituição a igualdade de todos perante a lei. A eles estava reservada ainda, a pena de galés e a pena de morte, o que provocou acalorados debates durante a sua elaboração. Com o advento da Lei Áurea, por Joaquim Nabuco e João Vieira de Araujo foram apresentados projetos visando a reforma do Código Penal, para adaptá-lo à nova situação dos negros até então considerados escravos. Tais projetos, no entanto, não chegaram a ser votados, porque o governo encarregou Batista Pereira de elaborar o respectivo projeto.” (PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980, p. 08-09).

⁸⁷ “Art. 40. O réu, com o seu vestido ordinário e preso, será conduzido pelas ruas mais públicas até a forca, acompanhado do juiz criminal do lugar onde estiver, com seu escrivão, e da força militar que requisitar. Ao acompanhamento precederá o porteiro, lendo em voz alta a sentença que se for executar.” (Código Criminal do Império do Brasil (de 1830). In: PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980).

autoridade. Também instituiu, conforme anota Francisco de Assis Toledo, a fiança, o juiz natural e a *personalidade da pena*, com a abolição do confisco de bens e das penas cruéis de açoites, tortura e marca de ferro quente.

Em contrapartida, foram mantidas as penas de degredo (art. 51), galés (art. 44), banimento (art. 50), desterro (art. 52) e multa, deixando de se abrir mão de alguns instrumentos de uma sociedade escravocrata, em que se permitia, excepcionalmente, a condenação do réu escravo por açoites quando incorresse em pena que não fosse a capital ou de galés.⁸⁸

Tornou-se, dessarte, o primeiro diploma penal a prever o *princípio da individualização da pena*. De todo caso, comungando do entendimento de Dotti, a aplicação da pena nos códigos brasileiros do Império (mais especificamente em seu art. 63⁸⁹) e republicano (em seu art. 62⁹⁰), apresentava-se uma dosimetria que impunha limites aos poderes do juiz, vinculando-o a parâmetros extremamente rígidos, de modo a seguir uma operação aritmética entre as causas de aumento e diminuição.⁹¹

Calha assinalar, de toda sorte, que os diplomas posteriores, dentre eles o texto original do Código Penal de 1940, inclinaram para a *individualização* da pena de uma forma mais abrangente, ampliando o poder discricionário do juiz, seguindo a tendência da doutrina nacional e estrangeira.

⁸⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p 58-9.

⁸⁹ “**Art. 63.** Quando este Código não impõe pena determinada, fixando somente o máximo, e o mínimo, considerar-se-hão três graus nos crimes, com atenção às suas circunstâncias agravantes, ou atenuantes, sendo máximo o de maior gravidade, á que se imporá o máximo da pena; o mínimo o da menor gravidade, á que se imporá a pena mínima; o médio, o que fica entre o máximo, e o mínimo, á que se imporá a pena no termo medio entre os dous extremos dados.” (Código Criminal do Império do Brasil (de 1830). In: PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980, sic.).

⁹⁰ “**Art. 62.** Nos casos em que este código não impõe pena determinada e somente fixa o Máximo e o mínimo, considerar-se-hão três graus na pena, sendo o grau médio compreendido entre os extremos, com atenção às circunstâncias agravantes e atenuantes, as quaes serão applicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes: § 1º No concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes que se compensem, ou na ausencia de umas e outras, a pena será applicada no grau médio. § 2º Na preponderancia das agravantes a pena será applicada entre os graus médio e máximo, e na das atenuantes entre o médio e o mínimo. § 3º Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circunstâncias agravantes sem alguma atenuante, a pena será applicada no Máximo, e no mínimo si for acompanhada de uma ou mais circunstâncias atenuantes sem nenhuma agravante.” (REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Código Penal Republicano de 1890 (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890). Portal Eletrônico do Senado Federal. Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&lin k=s. Acesso em: 24 de novembro de 2013, sic.).

⁹¹ DOTTI, René Ariel. *As novas dimensões na execução da pena*. Contribuição ao V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins. Curitiba, 1975, p. 16-7.

3.1.3. CÓDIGO PENAL REPUBLICANO DE 1890

Em um primeiro momento, editou-se o Decreto n.º 774/1890, que trouxe as seguintes previsões: (i) aboliu as galés; (ii) limitou o cumprimento da pena privativa de liberdade a até 30 (trinta) anos; (iii) introduziu a prescrição das penas; e (iv) determinou que o período de prisão preventiva fosse computado no tempo da pena.

Com a abolição da escravidão (1888) e a proclamação da República (1889), o Código Penal Republicano de 1890 (Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890⁹²) foi editado à luz da primeira Constituição Republicana (de 1891), que nos §20 e §21 do art. 72 passou a abolir a pena de galés e de banimento judicial, assim como a pena de morte⁹³, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra.⁹⁴

Contudo, o Código Penal Republicano não logrou o mesmo êxito que o Código Criminal do Império (de 1830), provavelmente por conta da brevidade em que fora elaborado, além de não ter sido bem aceito e aplicado, tornando-se alvo de críticas contundentes, sendo editadas diversas legislações penais extravagantes como forma de complementá-lo, dentre elas o Decreto-Lei n.º 4.780, de 27 de dezembro de 1923, que estabeleceu penas para os crimes de peculato, moeda falsa, falsificação de documentos, além de conferir recortes próprios à continuidade delitiva⁹⁵ e dar outras providências.

⁹² Pontua Pierangelli: “A proclamação da República interrompe o trabalho de Batista Pereira, mas Campos Sales, então Ministro da Justiça do Governo Provisório, renovou-lhe o encargo de preparar o novo Código Penal, trabalho que foi logo terminado e remetido à apreciação de uma comissão de juristas, presidida pelo próprio ministro. A 11 de outubro de 1890, foi o Código transformado no “Código Penal brasileiro” e por decreto de 6 de dezembro do mesmo ano, foi marcado o prazo de seis meses para a sua execução em todo o território nacional. “O primeiro Código Penal da República foi o menos feliz que o seu antecessor. A pressa com que foi concluído prejudicou-o em mais de um ponto, e nele a crítica pode assinalar, fundadamente, graves defeitos, embora muitas vezes com excesso de severidade. Não tardou a impor-se a idéia da sua reforma, e menos de três anos depois da sua entrada em vigor, já aparecia o primeiro projeto de Código para substituí-lo”, lembra Aníbal Bruno. João Monteiro o considerou o pior de todos os Códigos conhecidos e Plínio Barreto também não lhe poupou críticas. No entanto, o Código resistiu às idéias reformistas e foi recebendo alterações e aditamentos, que visavam sanar os seus defeitos, completá-lo ou mesmo ajustá-lo às novas condições. Essas leis esparsas que visavam a retificação ou complementação do Código foram compiladas pelo Desembargador Vicente Piragibe [...]” (PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980, p. 10).

⁹³ Para uma visão sobre a abolição e outros pormenores envolvendo a pena de morte no Brasil, conferir mais detalhes em René Ariel Dotti e Evandro Lins e Silva (DOTTI, René Ariel. *A morte não vale a pena*. Ciclo de Conferências “Sobral Pinto”, a pena de morte no Brasil. Paraná: Imprensa Oficial, 1991).

⁹⁴ Pontifica Antonio Carlos da Ponte: “No campo penal, proclamada a República, foi conferida ao Conselheiro Baptista Pereira a incumbência de organizar um projeto de Código Penal, o qual, uma vez concluído, foi submetido a uma Comissão Revisora presidida pelo então Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles. O indigitado projeto foi convertido em lei. Respeitado segmento doutrinário sustenta que o Código Penal de 1890 já nasceu velho, desatendendo à realidade social de seu tempo, chegando a ser classificado como o pior de todos os Códigos conhecidos.” (PONTE, Antonio Carlos. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24).

⁹⁵ FAYET JÚNIOR, Ney. *Do crime continuado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 48 e nota de rodapé.

A *individualização* da pena, seguindo a tradição da época, apresentava-se como uma operação dosimétrica, vinculando o juiz a parâmetros extremamente rígidos.

Desde então, a má fama do Código Republicano fomentou debates acadêmicos das mais variadas matizes, no que a doutrina penal brasileira passou a aprimorar-se, contribuindo ao surgimento de eminentes penalistas, tais como Galdino Siqueira⁹⁶, Costa e Silva e Nélon Hungria.⁹⁷

3.1.4. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS PENAIS DE 1932

As reformas e alterações realizadas no Código Penal Republicano de 1890, na forma de edição de legislações esparsas em matéria penal no decorrer do tempo, visando a sua complementação e retificação, levaram à Consolidação das Leis Penais⁹⁸ pelo até então Desembargador Vicente Piragibe, em 1932.

Em apertada síntese, a Consolidação das Leis Penais resultou da conjugação do Código Penal de 1932 com as leis especiais posteriores.

⁹⁶ Galdino Siqueira foi promotor público, Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e professor catedrático de Direito Penal e Prática de Processo Penal da Faculdade de Direito de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro. Elaborou obras de envergadura no campo do direito penal e processual penal brasileiro, dentre elas “*Direito Penal Brasileiro*”, valendo-se de prestimosos apontamentos jurisprudenciais e entendimentos doutrinários. Quanto ao modo de execução das penas no âmbito penal e processual penal, vale conferir o Título IV de seu “*Curso de Processo Criminal*”, além de seu “*Tratado de Direito Penal*” (SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal*. 5ª ed. São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1917, p. 528-39; SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1950, p. 75-6).

⁹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p 61.

⁹⁸ Preconiza Pierangelli que, em função das reformas realizadas no Código Penal Republicano de 1890, foram editadas legislações esparsas visando a sua complementação ou retificação, as quais “[...] foram compiladas pelo Desembargador Vicente Piragibe, que as sistematizou em um corpo de dispositivos, recebendo o nome de Consolidação das Leis Penais, a qual passou a ser o novo estatuto penal do Brasil, oficializada que foi por decreto de 14 de dezembro de 1932. Já em 1983, foi apresentado à Câmara dos Deputados um projeto de reforma do Código Penal, por João Vieira de Araujo, professor da Faculdade de Direito do Recife. Tal projeto também apresentava falhas, embora revelasse um avanço em relação ao então vigente. Dos pareceres opostos, merecem citação o do Instituto da Ordem dos Advogados, redigido por Batista Pereira e do Professor João Monteiro, em nome da Faculdade de Direito de São Paulo. Pouco depois, João Vieira apresentou um substitutivo que, embora fosse aprovado pela Câmara, não teve seguimento no Senado. O ministro Esmeraldino Bandeira, em 1910, encarecia a necessidade urgente da substituição do Código e a 7 de janeiro de 1911, uma resolução do Congresso autorizava o Governo a determinar a elaboração do projeto, sem nenhum resultado. Galdino Siqueira, em 1913, apresentava o seu projeto, também sem êxito. Em 1916, o Instituto da Ordem dos Advogados, no Rio de Janeiro, encarecia a necessidade de urgente reforma. Por determinação do Governo de Arthur Bernardes, o Desembargador Sá Pereira se incumbiu da elaboração de novo projeto. A parte geral foi publicada no Diário Oficial de 10 de novembro de 1927 e em 23 de dezembro de 1928, era publicado o projeto completo, com a parte geral reformulada. Nesse projeto era perceptível a influência do Projeto do Código Penal Suíço, da lavra de Stoos, bem como dos projetos sueco e italiano (projeto Rocco), e ainda do Código Penal da Argentina. O Projeto Sá Pereira também não logrou aprovação, embora se tratasse de obra digna do desenvolvimento da ciência jurídica em nosso país. As críticas, principalmente as formuladas na Conferência Brasileira de Criminologia, realizada no Rio de Janeiro em 1936, desgastaram profundamente o Projeto e com o golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, que inclusive dissolveu o Congresso, não foi ele aproveitado. Dois outros Códigos completam o período republicano [...]” (PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980, p. 10-11).

3.1.5. TEXTO ORIGINAL DO CÓDIGO PENAL DE 1940

À luz da Constituição de 1937, editou-se o Código Penal de 1940⁹⁹, que teve Nélon Hungria¹⁰⁰ como seu principal redator.

Uma das novidades de maior evidência trazida pelo texto original de 1940, foi a adoção do sistema do *duplo binário*, seguindo o modelo do Código Italiano de 1930 (*Código Rocco*), com a utilização conjunta da pena e da medida de segurança como respostas básicas ao crime perpetrado. Também aponta-se como uma das maiores virtudes desse texto a boa técnica e a simplicidade de sua redação, tornando-se um diploma de fácil manejo à época, além de incorporar o que havia de melhor em outros códigos, afigurando-se como objeto de moção de aplauso no 2º Congresso Latino-Americano de Criminologia.¹⁰¹

Nos dizeres de Bento de Faria, o Projeto Alcântara Machado, no que concerne à *aplicação da pena*, assume um sentido marcadamente *individualizador*, pois o magistrado, na

⁹⁹ Pontua Pierangelli: “Com a instauração do novo regime, o chamado Estado Novo, o Ministro Francisco Campos encarregou o Professor Alcântara Machado de elaborar um anteprojeto de Código Penal, de cuja missão o professor paulista se desincumbiu rapidamente e em 15 de maio de 1938, já com a exposição de motivos, era publicado o “Projeto de Código Criminal Brasileiro”. O projeto foi revisto por uma comissão composta por Vieira Braga, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Nélon Hungria. Embora também se mencione o nome de Costa e Silva, este afirma que não participou dessa comissão, por razões de saúde e que sua colaboração constou tão somente no encaminhamento de sugestões constituídas pelo Governo. O certo, porém, é, ele próprio confirma, é que muitas de suas idéias foram consagradas pelo Código. Divergências profundas advieram entre Alcântara Machado e a comissão revisora. O Projeto Alcântara Machado foi substancialmente modificado, muito embora sobre ele se desenvolvesse o trabalho de onde se originou o novo Código, que foi sancionado em 7 de dezembro de 1940 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942. O Código de 1940, embora partisse do Projeto Alcântara Machado, teve em mira o Projeto Sá Pereira e projetos de Códigos da Europa, a cuja corrente, da chamada política criminal, veio a nosso estatuto filiar-se. Para Nélon Hungria, “o Projeto Alcântara Machado está para o Código Penal, assim como o projeto Clóvis está para o Código Civil”. Basileu Garcia, entretanto, afirma que “O Código não corresponde exatamente ao Projeto Alcântara Machado, pois muitas modificações viscerais foram realizadas pela Comissão”. O próprio Ministro Francisco Campos, na Exposição de Motivos (nº 86), salientou que “da revisão resultou um novo projeto”. Observa Costa e Silva que “o projeto Alcântara Machado foi, como se exprimiu o Ministro Campos, um grande passo para a reforma da nossa lei penal. Nada mais do que isso. Entre ele e o Código encontram-se numerosos pontos de semelhança: são aqueles em que ambos (às vezes com pouca fidelidade) copiaram os seus modelos prediletos – o código italiano e o suíço. Mas traços inconfundíveis os distinguem. Há mais originalidade na obra da comissão do que na do professor paulista. A sua técnica é mais perfeita. O Código de 1940 é eclético, pois concilia no seu texto as idéias dos neoclássicos com o positivismo, o que é salientado pela própria Exposição de Motivos. Daí afirmarem que o legislador acendeu uma vela a Carrara e outra a Ferri. O Código de 1940 possui defeitos, como não poderia deixar de ocorrer, os quais foram demonstrados durante os seus trinta e sete anos de aplicação. Verdade, porém, é que constitui obra que enaltece a cultura jurídica de nosso país e tem merecido elogiosas referências da crítica estrangeira. Em 3 de outubro de 1941 foi promulgado o Código de Processo Penal e na mesma data a Lei das Contravenções Penais, vindo o Código Penal Militar a lume em 24 de janeiro de 1944. O Código Penal de 1940 possibilitou um grande desenvolvimento da literatura penalista pátria. Diversas obras, umas abrangendo tão somente a parte geral, outras a parte especial e algumas interpretando todo o estatuto, surgiram [...]” (PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980, p. 11). No mesmo sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 62-3.

¹⁰⁰ No tocante à *individualização* da pena, conferir: HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940)*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 265-66.

¹⁰¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 64.

dosimetria punitiva, deve levar em conta não apenas o fato delituoso (*circunstâncias objetivas*), como também o delinquente (*circunstâncias subjetivas*), v.g., a sua personalidade; antecedentes; intensidade do dolo ou grau da culpa; e os motivos determinantes (art. 42). Quer dizer, o réu teria que ser avaliado por meio de todos os fatores, sejam endógenos sejam exógenos, atinentes a sua individualidade moral e de sua maior ou menor desatenção à disciplina social.¹⁰²

No mesmo diapasão, obtempera Dotti que o texto original de 1940 consagra a *individualização da pena* tanto no plano relativo ao fato como no do autor.¹⁰³ Assim, no momento da aplicação da reprimenda, “[...] *é imprescindível que o juiz ou tribunal considerem esta fase do processo não apenas como julgamento sobre o passado, mas, também, como decisão para o futuro.*”¹⁰⁴

A própria *individualização da pena*, consoante a lição de Dotti, tornou-se um caminho para a descoberta do homem. Logo, o Código de 1940, diferentemente dos códigos criminais do império e republicano, propicia maior flexibilidade ao juiz para dimensionar o fato e seu agente, libertando o juiz da “*optima lex quae minimum arbítrio iudicis relinquit*”.

3.1.6. CÓDIGO PENAL DE 1969

O Código Penal de 1969 foi outorgado pela Junta Militar durante o regime militar¹⁰⁵, em que se restabeleceu as penas de morte e de prisão perpétua – em cotejo com a Constituição de 1946, que, em seu artigo 141, §31, consagrava os direitos e liberdades individuais, coibindo-se a pena de morte, banimento, confisco e prisão perpétua.

Analisando o contexto de elaboração do Código de 1969¹⁰⁶, observa Heleno Cláudio Fragoso que, em 1961, o governo de Jânio Quadros confiou a Hungria¹⁰⁷ a elaboração de um

¹⁰² FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro (Comentado) (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)*. Vol. II. Parte Geral (arts. 1 a 41). Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Editôra, 1958, p. 22-3.

¹⁰³ “**Art. 42.** Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.” (REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Redação original do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Portal Eletrônico do Senado. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343>. Acesso em: 24 de novembro de 2013).

¹⁰⁴ Para maiores detalhes, conferir: DOTTI, René Ariel. *As novas dimensões na execução da pena*. Contribuição ao V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins. Curitiba, 1975, p. 18; *Pesquisas sobre a reforma penal*. Curitiba, 1973, em especial p. 42-3.

¹⁰⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 65-6.

¹⁰⁶ Sinaliza Pierangeli: “Ao eminente jurista Néelson Hungria, confiou o governo a tarefa de elaborar o anteprojeto de Código Penal, o qual foi apresentado em 1963, dando-se-lhe ampla divulgação, para que pudesse receber sugestões. Destas, ressaltam as que foram ofertadas pelas Faculdades de Direito, pelos Conselhos da Ordem dos Advogados e principalmente pelo ciclo de conferências e debates realizados em São Paulo, sob os

anteprojeto de Código Penal, enquanto que a Roberto Lyra foi incumbida a confecção de um anteprojeto de Código das Execuções Penais e, a Hélio Tornaghi, um anteprojeto de Código de Processo Penal.

Uma vez apresentados os três anteprojetos, o governo constituiu uma comissão revisora composta pelos mesmos juristas, com o desiderato desta analisar todos os anteprojetos para que, *a posteriori*, os remetessem ao Congresso, cujas atividades passaram a funcionar em 1964, principiando-se com a análise do anteprojeto do Código Penal.

Nesse íterim, relata Fragoso – que veio a compor a comissão posteriormente – que dissonâncias pontuais foram ventiladas por Hungria e Lyra, sendo que as principais questões das quais Hungria insurgiu-se tenazmente a seus colegas diz respeito ao crime continuado – perfilhando pela manutenção do critério objetivo, contra a maioria, que queria afastar tal

auspícios do Instituto Latino-Americano de Criminologia, onde o inesquecível penalista teve a oportunidade de ouvir críticas ao seu trabalho e rebatê-las, aceitando algumas. Em 1964, o Ministro Milton Campos designou uma comissão revisora, da qual fizeram não só o próprio autor do projeto, como também os professores Aníbal Bruno, seu presidente, e Heleno Cláudio Fragoso, cujo trabalho, embora revisto, não chegou a ser divulgado. O projeto foi submetido a uma nova revisão, por uma comissão composta pelos professores Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo D'Aquino, “levando-se em conta, inclusive, a necessidade de uniformizar os textos dos projetos de Código Penal e Código Penal Militar”. Embora não se pretendesse elaborar um Código totalmente novo, uma vez que o próprio governo considerava o de 1940 como a melhor das codificações, o novo estatuto, convertido em lei pelo Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, passou a receber inúmeras críticas, entre as quais podemos mencionar, a adoção da pena indeterminada, considerada uma inovação extremamente infeliz, e a redução, para dezesseis anos, da idade mínima para a imputabilidade, dependente esta de exame criminológico para a verificação de sua capacidade de entendimento e auto-determinação, questão que foi abordada em diversos congressos de Direito Penal e Criminologia, merecendo contundentes críticas. Em 31 de dezembro de 1973, pela Lei nº 6.016, sofreu o Código original algumas alterações, quando se atendeu a muitas das críticas formuladas, mas, recentemente, foi derogado, sem nunca entrar em vigor. A sua vigência, determinada para 1º de agosto de 1970, vinha sendo sistematicamente adiada, sob fundamento de se aguardar a aprovação do novo Código de Processo Penal, cujo projeto, que chegou a tramitar pelo Congresso Nacional, era de autoria do Professor José Frederico Marques e para que ambos os estatutos entrassem em vigência na mesma oportunidade. Entretanto, em meio a tantas críticas, mereceu o novo Código, elogios de Pietro Nuvolone, ao afirmar que “este Código apresenta-se, no momento histórico atual, como uma tentativa de aplainar conceitualmente antíteses substanciais, de indicar, aos esquemas tradicionais, com instrumentos diversos, novos caminhos para resolver o problema da luta contra a criminalidade.” (PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980, p. 13-14).

¹⁰⁷ Salienta Fragoso: “A estreita vinculação de NELSON HUNGRIA com o Código Penal vigente, de que ele foi o grande defensor e guardião, talvez expliquem o seu propósito de preservá-lo tanto quanto possível. O anteprojeto apresentado ao Governo de 1963 manteve basicamente a estrutura do código em vigor, cujos defeitos mais graves se procurou eliminar, sendo poucas as soluções inovadoras de maior alcance. Entre estas merece desde logo destaque a eliminação das medidas de segurança detentivas para os imputáveis e a adoção do sistema vicariante para os semi-imputáveis (pena ou medida de segurança). Na parte relativa às penas e à sua aplicação as insuficiências do anteprojeto eram notórias. Mantinha ele os critérios anacrônicos da legislação em vigor, agravando-os pela inspiração rigorosa de toda essa parte. Convencido da necessidade de tornar a lei mais severa, HUNGRIA propunha a elevação do máximo da pena de reclusão para 40 anos (art. 35, §1º), limitando o poder discricionário do juiz na aplicação das agravantes e atenuantes (art. 55), e elevando as penas cominadas a diversos crimes na Parte Especial. Mantinha-se a pluralidade das penas privativas de liberdade, o sistema de agravantes e atenuantes obrigatórias, inclusive a reincidência específica e a orientação do Código Penal vigente quanto às causas de aumento e diminuição da pena, na Parte Especial, que, como se sabe, não obedece a qualquer critério [...]”. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Subsídios para a História do Novo Código Penal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. nº 3. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982, p. 01-02. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo67.pdf. Acesso em: 05 de novembro de 2013).

critério -, assim como à incriminação do adultério – já que a maioria queria eliminar tal figura até então considerada delituosa. Ademais, buscou Hungria, no início dos trabalhos, elevar o cumprimento da pena privativa de liberdade para 40 (quarenta) anos e limitar a aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes pelo juiz.

Entretanto, após uma transição política nesse período, Lyra deixou a comissão, sendo a comissão anterior dissolvida e composta outra em seu lugar em 9 de fevereiro de 1965, pelo até então Ministro Milton Campos. Tinha como composição Hungria, Fragoso¹⁰⁸, Hélio Tornaghi e Aníbal Bruno.

Passado algum tempo, o anteprojeto, transformado em Código Penal (de 1969), sofreu diversas emendas, porém, no fim, não vingou, sendo, então, revogado.

A matéria atinente à *aplicação da pena* estava estampada no artigo 52 do *Codex*¹⁰⁹, devendo ser levado em conta para a fixação da reprimenda a gravidade do crime; a intensidade do dolo ou o grau da culpa; o meio social; e, por derradeiro, a atitude posterior ao fato criminoso.

¹⁰⁸ Complementa Fragoso: “Em 9 de fevereiro de 1965, o Ministro MILTON CAMPOS decidiu dissolver a anterior comissão revisora e designar outra, composta do Min. NELSON HUNGRIA e dos professores HÉLIO TORNAGHI, ANÍBAL BRUNO, bem como do autor presente. Sob a presidência do Prof. ANÍBAL BRUNO, a comissão entrou a funcionar imediatamente, com reuniões regulares, que se prolongaram por vários meses. Realizaram-se as reuniões em ambiente de grande cordialidade e respeito, sendo incensurável o modo pelo qual se comportou o mestre HUNGRIA. Como sabem os que tiveram o privilégio de conhecê-lo e de com ele conviver, era HUNGRIA polemista emérito, dotado de espírito brilhante e rara inteligência, obstinado na defesa de suas idéias, como seus escritos tantas vezes revelam. Chegaram até nós as notícias das disputas terríveis havidas na elaboração do código vigente, notadamente do Prof. ROBERTO LYRA, de quem se separavam fundas diferenças de orientação doutrinária. O próprio HUNGRIA nos confidenciou certa feita que os trabalhos dificilmente teriam chegado a termo, se VIEIRA BRAGA não tivesse sido convocado para integrar a comissão revisora, pois este aliava a seus notáveis dotes intelectuais um espírito cordato e conciliador. Havia, pois, razão para anteciparmos dificuldades nos trabalhos que cumpria realizar. É, no entanto, rigorosamente justo consignar que nenhuma queixa podem ter de NELSON HUNGRIA os seus companheiros daquele trabalho. Ele esteve sempre disposto a receber as críticas propostas de revisão a seu trabalho de espírito aberto e boa vontade, aceitando-as muitas vezes e apresentando novas fórmulas (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Subsídios para a História do Novo Código Penal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. nº 3. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/helene_artigos/arquivo67.pdf. Acesso em: 05 de novembro de 2013, p. 03-4).

¹⁰⁹ “**Art. 52.** Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.” (REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Código Penal de 1969 (Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de Outubro de 1969). Portal Eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decllei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 de novembro de 2013, sic.). Cumpre salientar que foi essa a previsão original, embora haja na obra de Pierangelli – o que registra-se apenas a título de precaução, mas jamais questionando-a -, previsão diversa a p. 618-619.

3.1.7. REFORMA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL DE 1940

De uma primeira análise, aponta-se que a Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984, que introduziu a Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940)¹¹⁰, aboliu as penas acessórias e o sistema do *duplo binário*, além de extinguir a pena de publicação da sentença, em razão de seu caráter infamante.

Certo é que essa reforma penal decorreu, assim como de outras épocas, de uma necessidade social, mormente pela mudança acentuada das regras de comportamento no âmbito histórico da sociedade brasileira.

Tecendo apontamentos sobre as diretrizes da *aplicação* e da *individualização da pena*, preconiza Assis Toledo:

[...] Como é fácil perceber, para a aplicação desses princípios, será imprescindível, em um direito penal democrático, apoiado no princípio da legalidade dos delitos e das penas, que a legislação penal reconstrua uma gama variada de penas criminais, dispostas em escala crescente de gravidade, a fim de que o juiz, segundo certos critérios, possa escolher a pena justa para o crime e seu agente. Igualmente, as formas de execução da pena privativa de liberdade, quando esta tiver de ser aplicada, deverá desdobrar-se em etapas progressivas e regressivas, para ensejar maior ou menor intensidade na sua aplicação, bem como maior ou menor velocidade na caminhada do condenado rumo à liberdade. E assim terá que ser para cumprirem-se as diretrizes da individualização. Nenhuma pena terá, pois, um período rígido de segregação social. Os limites da sentença condenatória passam a ser os limites máximos, não mais limites certos. A pena passa a ser, pois, uma pena programática. [...] Mas não é só. Adotou-se, igualmente, sem as restrições e as reservas do passado, o princípio da culpabilidade. Assim, com a reforma em exame, não se admitirá a aplicação da pena sem que se verifique a culpabilidade do agente por fato doloso ou pelo menos por fato culposo. E dessa tomada de posição extraíram-se as devidas consequências: aboliu-se a medida de segurança para o imputável; diversificou-se o tratamento dos partícipes, no concurso de pessoas; admitiu-se a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude, sem contudo confundir a última com amera *ignorantia legis*; extirparam-se os vários resíduos de responsabilidade objetiva, principalmente nos crimes qualificados pelo resultado. Com isso, conforme tivemos oportunidade afirmar, adotou-se um direito penal do fato-do-agente que não descarta o agente-do-fato, num esforço de compatibilização, nos limites do possível, entre as teorias da culpabilidade pela condução de cidade e da culpabilidade pelo fato singular, dando-se, não obstante, nítida prevalência à segunda corrente, ou seja, àquela que se traduz em um direito penal do fato.¹¹¹

¹¹⁰ PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980, p. 11.

¹¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 71-2, grifo nosso e do autor.

Seguindo os alicerces de seu texto original, o Código de 1940, no tocante à *aplicação da pena*¹¹², busca, de acordo com o item 49 da Exposição de Motivos de sua Parte Geral, assegurar a *individualização da pena* por meio de critérios mais abrangentes e precisos conferidos à atividade judicial.¹¹³

Assinala Edgard Magalhães Noronha que, até o advento do Substantivo de 1940, a *aplicação da pena* era fixada em lei e dividida em graus, ficando o juiz sujeito a esses critérios ao proferir a sentença, jungindo-se aos graus máximo, mínimo, médio, submáximo e submédio, sendo pouco levado em conta o seu subjetivismo pessoal. Porém, a partir do texto original de 1940 e, em sequência, com a sua Reforma pela Lei n.º 7.209/1984, atribuiu-se maior amplitude ao juiz com relação à determinação da quantidade e escolha das penas. Logo, tornou-se o juiz ainda mais autônomo nesse sentido.¹¹⁴

Nessa sincronia, obtempera Paulo José da Costa Júnior que o artigo 59 do Documento de 1940 (com a redação dada pela Lei n.º 7.209/1984) conservou a sistemática de seu texto original, mantendo os critérios referentes aos antecedentes, conduta social e personalidade do agente¹¹⁵, motivos, circunstâncias e consequências do crime. De toda sorte, inovou quanto ao comportamento da vítima e substituiu “*intensidade do dolo ou grau da culpa*” por “*culpabilidade*”, além de desdobrar os antecedentes do agente em antecedentes propriamente ditos e na conduta social.¹¹⁶

¹¹² Nucci traz o seguinte conceito de aplicação da pena: “Trata-se de um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, por meio do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei. Destarte, nos limites estabelecidos pelo legislador – mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena – elege o magistrado o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada) [...]” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 146).

¹¹³ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. CORREA, Alceu Júnior. *Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 174-75.

¹¹⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Introdução e Parte geral. Vol. I. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985-86, p. 238.

¹¹⁵ Vale conferir as definições trazidas por Miguel Reale Júnior: “Os *antecedentes* não dizem respeito à “folha penal”, e seu conceito é bem mais amplo, pois como assinala Nilo Batista “o exame do passado judicial do réu é apenas uma fração”. Por antecedentes deve-se entender a forma de vida em uma visão abrangente, examinando-se o seu meio de sustento, a sua dedicação a tarefa honestas, a assunção de responsabilidade familiares. Em suma, a lição de Hungria é exata: “Ao juiz compete extrair-lhe a conta corrente, para ver se há saldo credor ou devedor”. Destaca-se, também, a referência *conduta social*, dando-se ênfase, portanto, dentre os antecedentes, ao comportamento do réu no seu trabalho, no meio social, cidade, bairro, associações a que pertence, mesmo porque cada vez mais se acentua o nível de participação em entidades as mais diversas, e o comportamento social espelha em que medida o agente é digno de maior ou menor censura, por ter-se conduzido de molde a que o delito se inseriu no contexto de sua vida, ou constitua um fato alheio e isolado. O agente será mais ou menos reprovável se, na formação de sua *personalidade* (que se compõe de genótipos e fenótipos), tenha dado prevalência ao desenvolvimento de tendências negativas, aderindo a valores básicos na constituição de seu modo de ser, de forma a que a decisão pelo ato delituoso se insira no projeto negativo de vida que escolheu para si mesmo” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 85).

¹¹⁶ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 243.

Já Miguel Reale Júnior acentua que o artigo 59 em muito se difere do artigo 42 do diploma original de 1940, porquanto o atual texto estabelece com maior precisão o que deve ser levado em consideração pelo juiz como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Assim, conforme o item 50 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código, a *culpabilidade* tornou-se critério básico e principal na fixação da pena, constituindo-se em uma “[...] *culpabilidade normativa, ou seja, importando tanto no exame de reprovabilidade do ato como na do seu autor*”.¹¹⁷ Vale dizer, uma vez já determinada culpável a ação, tal culpabilidade consiste em estabelecer a medida de censura que merece o infrator por suas circunstâncias subjetivas e o fato cometido. Em outras palavras, a culpabilidade, sob esse vértice, é limite da pena, em consonância com o princípio da individualização da pena.

Dessa forma, também são levados em conta os *antecedentes*, a *conduta social* e a *personalidade do infrator*, eis que, de acordo com Reale Júnior: “*O homem escreve a sua própria biografia, pois todos os atos serão atos incorporados à sua história, e as incontestáveis decisões somam um conjunto, que reflete a pessoa do homem, sua singularidade.*”.¹¹⁸

De todo caso, ainda corroborando do entendimento de Reale Júnior, a principal inovação radica na disposição “*conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”, pois a finalidade da *individualização da pena* é a retribuição e prevenção do crime, motivo pelo qual devem ser analisadas, pontualmente, a culpabilidade do autor e do fato, a impor a justa medida de reprovação que merece o réu.

De acordo com esse atual panorama, o Código Penal de 1940 (a partir das alterações de 1984), privilegia ainda mais o *direito penal do fato* no tocante à matéria de *individualização da pena*¹¹⁹, procurando rechaçar possíveis bases de um *direito penal do autor* e da

¹¹⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 84.

¹¹⁸ Nesse sentido, o entendimento de Reale Júnior (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 84-5), acrescentando: “Esta inafastável definição de si mesmo obriga a que se atente para o exame da culpa na formação da personalidade, dado, contudo, que apenas pode conduzir a uma individualização da pena, pois o cerne da culpabilidade reside na análise da formação da vontade relativa ao ato efetivamente cometido. Repetimos que é inegável que uma ação será tanto mais de alguém, quanto mais é adequada à sua personalidade, quanto mais é irrepudiável, posto que negá-la seria negar a si mesmo” (REALE JÚNIOR, 2004, p. 86).

¹¹⁹ Nessa esteira, Miguel Reale Júnior (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 84). Obtempera Francisco de Assis Toledo: “O resultado dessa tomada de posição aponta em duas direções com importantes consequências. A primeira delas revela a dupla função limitadora do princípio da culpabilidade: uma com poder de despenalização, ou seja, excluindo de pena os fatos típicos não censuráveis ao agente; outra, com renovado poder sobre a dosimetria da pena, estabelecendo que o limite máximo daquela não pode ultrapassar o grau de culpabilidade do agente. Julgamos necessário justificar o evidente significado prático da adoção desses princípios. Considere-se, porém, que, em um direito penal assim concebido, a aplicação da pena criminal restringir-se-á aos casos em que a exijam a necessidade de proteção da comunidade (prevenção) e

responsabilidade penal objetiva, razão pela qual – ao contrário do que se procedeu com relação à Comissão do Projeto n.º 236/2012, conforme analisar-se-á a seguir -, não há que se falar da existência de evidentes resquícios de uma *culpabilidade do autor* atinentes à dosimetria da pena.

Calha consignar que, desde então, tamanha tornou-se a importância da *individualização da pena* no direito penal brasileiro, passando a adquirir assento constitucional (artigo 5º, incisos XXXIX e XLVI, da Constituição brasileira de 1988).

Salienta-se, outrossim, que Hungria e Lyra já apresentavam dissonâncias quanto à escolha do critério de *cálculo da pena*, eis que Hungria perfilhava pela adoção do *critério trifásico*, enquanto que Lyra invocava o sistema *bifásico*.

Analisando o critério bifásico ainda à luz do texto original de 1940 (mas guardando plena correlação com a reforma de Parte Geral de 1984), assinala Luiz Vicente Cernicchiaro que Lyra indicava duas fases de cálculo da pena, sendo que, na primeira fase, o juiz fixava a pena-base, levando-se em conta as circunstâncias judiciais e, ao mesmo tempo, legais (agravantes e atenuantes). Já na segunda, tomavam-se as causas de aumento ou diminuição.¹²⁰ No mesmo compasso, entendiam Basileu Garcia¹²¹ e José Frederico Marques.

Já Hungria, defendendo o critério trifásico, entendia que, após a análise das circunstâncias judiciais na primeira fase (pena-base), deveria o juiz analisar (na segunda fase) as circunstâncias agravantes e atuantes e, já na terceira, as causas de aumento ou de diminuição.

a necessidade de preparação do infrator para uma razoável convivência pacífica com o mundo social (ressocialização). A segunda direção, de maior importância, envolve-se com as três colunas de sustentação de um direito penal de índole democrática, a que nos referimos, em outra ocasião, *in verbis*: “Na culpabilidade pelo fato... é o fato que dará os concretos e definitivos limites para a atuação do Estado na esfera penal. Franz von Liszt percebeu isso quando afirmava que, em sua opinião, por paradoxal que pudesse ser, “o Código Penal é a Magna Carta do delinquente”, protegendo não a coletividade, mas o indivíduo que contra ela se rebela, ao garantir-lhe o direito de ser castigado só quando ocorrem os pressupostos legais e dentro dos limites legais. Ora, esses pressupostos e limites pouco valeriam se estivessem referidos a conceitos variáveis, pouco seguros, e não a características objetivas que só podem ser oferecidas pelo fato. Daí já a mencionada tipologia dos fatos, não de autores [...]” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 72-3, grifo do autor).

¹²⁰ LYRA FILHO, Roberto. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Compêndio de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 308; NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 164.

¹²¹ Basileu Garcia se refere ao sistema trifásico de Hungria: “Pensamos que o brilhante criminalista, neste particular, não está com a razão, e em verdade o seu ponto de vista não prevaleceu na jurisprudência, que aos poucos se tornou pacífica na opção pelo sistema de duas fases [...] Parece-nos haver inaceitável artificialismo na separação do trabalho do julgador em três fases. Duas, sem dúvida, serão imprescindíveis, sempre que existir causa de aumento ou diminuição a atender. Essa designação, corrente em nosso meio, como entre os comentadores italianos, pode ser mantida sem desvantagem. Expressará a quantidade fundamental da pena, sobre a qual se computarão os aumentos e diminuições” (GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1972, p. 494-95).

Em linhas gerais, a Reforma de 1984 manteve, no que tange ao *cálculo da pena*, o *critério trifásico* de Hungria, de tal forma que, de acordo com o item 51 da Exposição de Motivos do Código Penal, esse critério justifica-se por permitir o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria, propiciando a plenitude da garantia constitucional da *ampla defesa*.¹²²

Por fim, a título de registro, a reforma da Parte Geral, para Alberto Silva Franco, teria criado uma quarta fase, consistente na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que, a partir da Reforma de 1984, tornou-se possível a aplicação de penas alternativas diversas à prisão.¹²³

3.1.8. PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 236, DE 2012

Substancialmente, o Projeto de Lei do Senado n.º 236, de 2012 (Projeto de Reforma do Código Penal) prescinde de um esmerado tratamento dogmático e funcional sobre a *individualização da pena*, apartando-se de todo arcabouço legislativo e doutrinário até então erigido no cenário penal brasileiro.

De uma leitura conjuntural, não está evidente, na proposta legislativa, uma opção por certa linha filosófica do direito penal, tampouco uma política criminal a ser perseguida, colocando à míngua toda a adequação sistêmica da Parte Geral.¹²⁴

A individualização da pena é disciplinada no Título IV de sua Parte Geral, precisamente nos artigos 71 *usque* 93, trazendo diversas alterações.

No que tange à *pena de prisão*, o Projeto substitui “*penas privativas de liberdade*” (art. 53 do Código de 1940) por “*pena de prisão*” (arts. 46 e 71 do Projeto¹²⁵), rechaçando a distinção até então existente entre as espécies de pena privativa de liberdade, isto é, entre

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 164-66.

¹²³ FRANCO, Alberto Silva. STOCOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. V. 1. Parte Geral. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1233.

¹²⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. MARONA, Cristiano Avila. NEISER, Fernando Gaspar. SOUZA, Luciano Anderson de. RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Comentários ao Relatório do Senador Pedro Taques em face do PLS nº 236/12*. IBCCRIM, 2013, p. 02-06.

¹²⁵ “**Art 46.** A pena de prisão deve ser cumprida progressivamente em regime fechado, semiaberto ou aberto. Parágrafo único. Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média; b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena fora do estabelecimento penal.” E estabelece o artigo 71: “**Art. 71.** A pena de prisão tem seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo penal. Parágrafo único. As causas de aumento ou de diminuição terão os limites cominados em lei, não podendo ser inferiores a um sexto, salvo disposição expressa em contrário.” (REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Portal Eletrônico do Senado. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 13 de novembro de 2013).

reclusão, detenção e prisão simples (aquelas duas contempladas no *caput* do art. 33 do Estatuto de 1940 e, a última, no inciso I do art. 5º da Lei das Contravenções Penais). Logo, reclusão e detenção foram unificadas na forma de *pena de prisão*¹²⁶.

Analisando essa conjuntura, Paulo José da Costa Júnior e Luís Francisco Carvalho Filho, invocados por Nucci¹²⁷, propugnam pela adoção da *pena de prisão*, sob o argumento de que a distinção entre as espécies de penas privativas de liberdade são mínimas e, na prática, quase sempre irrelevantes. Cabe dizer, não se vislumbra qualquer diferença ontológica entre reclusão e detenção, mormente considerando o fato de a lei penal não ter oferecido qualquer critério diferenciador entre elas.

Sustenta-se, ademais, que, no contexto prático, a ordem de separação entre reclusos e detentos não é quase sempre obedecida, razão pela qual as diferenças entre reclusão e detenção foram se esvaecendo ao longo dos anos.

Causa sobressaltos a previsão atinente ao cumprimento do *regime aberto*. O Projeto não mais prevê a casa de albergado, restringindo-se em estatuir que no próprio regime aberto a execução da pena far-se-á fora do estabelecimento penal.

¹²⁶ No que toca à *prisão simples*, o Projeto não mais prevê a tipificação das contravenções penais – ou *crimes-anão* -, até então preceituadas no Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais), razão pela qual afastou-se aquela espécie de pena privativa de liberdade.

¹²⁷ Pontua Nucci: “Existem três espécies de penas privativas de liberdade – reclusão, detenção e prisão simples – que, na realidade, poderiam ser unificadas sob a denominação de pena de *prisão*. A pena de prisão simples é a destinada à contravenções penais, significando que não pode ser cumprida em regime fechado, comportando apenas os regimes semiaberto e aberto. Além disso, não se pode inserir o contraventor condenado no mesmo lugar onde se encontrem os criminosos. Quanto às diferenças entre as penas de reclusão e detenção, destinadas ao crime, temos basicamente cinco: a) a reclusão é cumprida *inicialmente* nos regimes fechado, semiaberto e aberto (art. 33, *caput*, CP); b) a reclusão pode acarretar como efeito da condenação a incapacidade para o exercício do pátrio poder (atualmente, denominado, pelo Código Civil, poder familiar), tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos a esse tipo de pena, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II, CP); c) a reclusão propicia a *internação* nos casos de medida de segurança; a detenção permite a aplicação do regime de tratamento ambulatorial (art. 97, CP); d) a reclusão é cumprida em *primeiro lugar* (art. 69, *caput*, CP); e) a reclusão é prevista para crimes mais graves; a detenção é reservada para os mais leves, motivo pelo qual, no instante de criação do tipo penal incriminador, o legislador sinaliza à sociedade a gravidade do crime [...] Em verdade, como já mencionamos, preconiza-se a extinção dessa diferença, o que é bastante razoável, tendo em vista que as diferenças supra-apontadas são mínimas e, na prática, quase sempre irrelevantes. Mesmo no cenário do processo penal, outros critérios podem ser adotados para a concessão de fiança ou mesmo para as formas de se proceder à intimação da sentença, dispensando-se a diferença entre reclusão e detenção. Nesse prisma, encontra-se a lição de Paulo José da Costa Júnior: “Inexistindo entre reclusão e detenção qualquer diferença ontológica, mesmo porque a lei não ofereceu nenhum critério diferenciador, parece não restar outra solução ao intérprete que assentar na insuficiência do critério quantitativo as bases da diversificação” (*Comentários ao Código Penal*, p. 146) Na realidade, na ótica do legislador de 1940, “foram criadas duas penas privativas de liberdade. Para crimes mais graves, a *reclusão*, de no máximo 30 anos, sujeitava o condenado a isolamento diurno por até três meses e, depois, trabalho em comum dentro da penitenciária ou, fora dela, em obras públicas. A *detenção*, de no máximo três anos, foi concebida para crimes de menor impacto [...] (Luís Francisco Carvalho Filho, *A Prisão*, p. 43”.” (COSTA JUNIOR, p. 146 e CARVALHO FILHO, p. 43 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial*. São Paulo: RT, 2011, p. 390-91, grifo do autor) Também conferir: DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 70).

Cuida-se de previsão um tanto polêmica, pois meramente se estabelece o regime aberto, mas deixa de se impor, precisamente, as respectivas regras de cumprimento, valendo-se apenas de modalidades de penas restritivas de direitos como forma de descrever sua condição de cumprimento. Em miúdos, tornou-se a prestação de serviços à comunidade – que até então consiste em modalidade de pena restritiva de direitos –, condição necessária e obrigatória do regime aberto, sendo que, ao lado dela, aplicar-se-á outra pena restritiva de direitos e o recolhimento domiciliar (como forma de cumprimento de tal regime).

E, em caso de descumprimento *injustificado* da condição do regime aberto, o condenado regredirá ao regime semiaberto, consoante o disposto no §4º do art. 52 do Projeto.

A problemática ganha campo em caso de descumprimento *justificado* das condições impostas, em especial da condição necessária de prestação de serviço à comunidade, já que, para tal caso, o Projeto não traz qualquer previsão.

Entende-se, de todo modo, que essa forma de cumprimento do regime aberto causa um enrijecimento da atividade judicial na dosimetria da pena, sobretudo no que diz respeito à avaliação das circunstâncias judiciais do acusado, aquebrantando os *princípios da proporcionalidade e da individualização da pena*.

Com relação ao *regime disciplinar diferenciado* (“RDD”), manteve o Projeto a problemática que já o circunda desde a sua previsão pela Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, com alteração da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal), havendo controvérsias no sentido de que se continuaria a ser aplicado a toda e qualquer infração penal.

Infere-se que o Projeto deixou de delinear parâmetros e regras para a fixação do “RDD”, principalmente de especificar os delitos compatíveis com a sua aplicação, sendo que, da forma como previsto no Projeto, poderia o “RDD” ser aplicado a toda e qualquer infração penal, o que afronta o *princípio da legalidade e da humanidade das penas*.

Inconteste que aludido instituto deve ser adotado pelo ordenamento penal brasileiro, mas com melhores balizamentos, mormente quando envolve *novas formas de criminalidade*, a exemplo da criminalidade organizada. Logo, o “RDD” deve afigurar-se como objeto de maior aprimoramento dogmático e político criminal.

O art. 56 do Projeto trata dos *crimes hediondos e assemelhados*. Porém, aponta-se que tal temário, em função de sua natureza e singularidades, deve permanecer com tratamento pela legislação penal especial, tal como ocorre atualmente com a Lei n.º 8.072/1990.

No mais, a *perda de bens e valores* deixou de ser modalidade de pena restritiva de direitos, tornando-se modalidade de pena autônoma, nos termos do art. 45.

O Projeto também não mais prevê os institutos do *livramento condicional*, *suspensão condicional da pena* (*sursis da pena*) e *reabilitação criminal*.

E, em destaque, foram realizadas alterações nos critérios determinadores da *aplicação e individualização da pena*¹²⁸.

¹²⁸ Também podem ser apontadas as seguintes alterações em sede de *individualização das penas* (i) o Projeto, em seu artigo 77, acrescentou as seguintes circunstâncias agravantes: (a) os *antecedentes criminais* 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, do Projeto (inciso II); (b) ter o agente cometido o crime contra o “*companheiro ou com quem conviva ou tenha convivido*”, tratando de nova previsão ao lado da já existente referente ao “*ascendente, descendente, irmão, cônjuge*” (alínea *e* do inciso III); (c) ter o agente cometido o crime contra servidor público em razão de sua função (alínea *m* do inciso III); e (d) ter o agente cometido o crime por “preconceito de raça, cor, etnia, orientação sexual e identidade de gênero, deficiência, condição de vulnerabilidade sexual, religião, procedência regional ou nacional (alínea *n* do inciso III). No que toca a parte das circunstâncias agravantes reproduzidas do Código Penal de 1940, entende-se que andou mal o legislador ao proceder dessa forma, já que algumas delas foram elaboradas em outro contexto histórico da sociedade brasileira e, portanto, apresentam conteúdo e significados não mais condizentes com a atual realidade, a exemplo da agravante prevista na alínea *g* do inciso III do artigo 79 do Projeto (“*com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão*”). Deixou o legislador de precisar, ademais, que a agravante da alínea *h* do inciso III deve restar configurada somente quando a condição da vítima ser “*criança, idoso, enfermo, pessoa com deficiência ou mulher grávida*” restringir sua capacidade de autodefesa diante do contexto delituoso. Por derradeiro, o Projeto não mais prevê a agravante de concurso de pessoas do artigo 62 do Código Penal de 1940; (ii) no que diz respeito à reincidência, o Projeto a manteve como circunstância agravante, nos moldes do inciso I do artigo 77. A sua definição é basicamente a mesma em ralação a já consagrada pelo artigo 63 do Código Penal, sendo apenas retirada a parte (do texto de 1940) correspondente ao “*computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação*”, vez que, conforme já salientado, o Projeto não mais prevê a suspensão condicional da pena, nem o livramento condicional. Assim dispõe o artigo 78: “**Art. 78.** Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.” (REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Portal Eletrônico do Senado. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 13 de novembro de 2013). O inciso I do artigo 79 reproduziu a redação do artigo 64 do Código Penal de 1940, regulando o período depurador da reincidência da seguinte forma: “*não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos*”. Já o inciso do II do referido dispositivo passou a prever que não se consideram para efeito de reincidência os crimes militares e políticos e, também, “*os punidos com pena restritiva de direitos e/ou multa*”. Não bastasse isso, o parágrafo único do artigo em referência trouxe nova previsão, no sentido de que o juiz poderá desconsiderar a reincidência quando o condenado já tiver cumprido a pena pelo crime anterior e as atuais condições pessoais sejam favoráveis à ressocialização; (iii) o Projeto, em seu artigo 81, trata das circunstâncias atenuantes, trazendo as seguintes modificações:- inclusão da atenuante “*ser o agente maior de setenta e cinco anos, na data da sentença*” (inciso I)¹²⁸; manutenção da atenuante correspondente ao fato de ter o agente “*procurado, por sua espontânea vontade e com eficácia, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano*”, tendo sido substituído o vocábulo “*eficiência*” (previsto no artigo 40 do Código Penal de 1940) por “*eficiência*” (alínea *b* do inciso II do artigo 81 do Projeto); inclusão da atenuante de ter o agente “*sofrido violação dos direitos do nome e da imagem pela degradação abusiva dos meios de comunicação social*” (alínea *f* do inciso II); inserção da atenuante correspondente ao fato de ter o agente “*voluntariamente, realizado, antes do fato, relevante ato de solidariedade humana e compromisso social*.” (alínea *g* do inciso II), podendo-se afirmar que trata-se do elemento “*conduta social*” – é dizer, a conduta social, antes tida como critério componente da circunstância judicial, torna-se, de acordo com o Projeto, circunstância atenuante. Por demais, o artigo 82 do Projeto, ao cuidar da atenuante inominada, reproduziu expressamente a regra inculpada no artigo 66 do Código Penal de 1940, dispondo que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. No que toca ao concurso de agravantes e atenuantes, o artigo 83 do Projeto manteve basicamente a mesma redação do artigo 67 do texto de 1940, suprimindo apenas o critério “*personalidade do agente*”, passando a estatuir que, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime e da reincidência; (iv) no que toca à fixação da pena de multa, o artigo 85, *caput*,

O art. 75¹²⁹ traz os critérios para se aferir as *circunstâncias judiciais*¹³⁰ do acusado, afastando a “*conduta social*” e a “*personalidade*”, provavelmente sob o fundamento de se relegar o *direito penal do autor*, privilegiando a *individualização* e a *humanidade das penas* com baluarte no *direito penal do fato*.

Ademais, introduziu-se “*meios e modo de execução*” como um dos novos critérios das circunstâncias judiciais,

Os “*antecedentes criminais*” foram transformados em circunstâncias agravantes (art. 77, inc. II) e, a “*conduta social*”, em circunstância atenuante (art. 81, inc. II, alínea g), consistente no fato de ter o agente voluntariamente, realizado, antes do fato, relevante ato de solidariedade humana e compromisso social.

Em linhas gerais, depreende-se que o Projeto tem como centro propulsor, no que diz respeito à *aplicação e individualização* da pena, a repulsa ao *direito penal do autor*.

primeira parte, do Projeto, manteve o critério bifásico, mas trazendo nova redação, no sentido de que a pena de multa será fixada em duas fases, sendo que, na primeira, o juiz observará as circunstâncias judiciais para a fixação da quantidade de dias-multa. Já na segunda, o valor do dia-multa será determinado observando-se a situação econômica do réu. O §1º do mesmo dispositivo preceitua que a multa pode ser aumentada até o quántuplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo. Insta ponderar, contudo, que não traz o Projeto um sistema de aplicação das penas próprio às pessoas jurídicas criminosas, deixando de prever possíveis agravantes e atenuantes aplicáveis neste campo. A única previsão existente diz respeito à pena de multa, pois, consoante dispõe no artigo 84, §1º, *in fine*, que a pena de multa, nos crimes praticados por pessoas jurídicas ou em nome delas, o aumento pode chegar a duzentas vezes, em decisão motivada. Calha acrescentar que o artigo 20 do Projeto traz a possibilidade de redução da pena em caso de dolo eventual, pois, nos termos do artigo 20, o juiz, considerando as circunstâncias, poderá reduzir a pena em até um sexto, quando o fato for praticado com dolo eventual. Certo é que o Projeto estabeleceu uma gradação entre dolo direto e dolo eventual. Essa previsão, no entanto, vai em sentido contrário ao Código de 1940, que não disciplina qualquer forma de gradação dessa natureza, não tendo o dolo eventual responsabilidade inferior ao dolo direto. Vale dizer, ambas as modalidades, sob a égide do diploma de 1940, encontram-se em uma mesma posição jurídica, devendo a pena-base ser fixada de acordo com as circunstâncias judiciais do artigo 59, não levando-se em conta a modalidade de dolo. O único grau de responsabilidade existente à luz do Substantivo Penal de 1940 radica entre dolo e culpa.

¹²⁹ “**Art. 75.** O juiz, atendendo à culpabilidade, aos motivos e fins, aos meios e modo de execução, às circunstâncias e consequências do crime, bem como a contribuição da vítima para o fato, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena de prisão; IV – a substituição da pena de prisão aplicada por outra espécie de pena, se cabível. §1º Na análise das consequências do crime, o juiz observará especialmente os danos suportados pela vítima e seus familiares, se previsíveis. § 2º Não serão consideradas circunstâncias judiciais as elementares do crime ou as circunstâncias que devam incidir nas demais etapas da dosimetria da pena.” (REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Portal Eletrônico do Senado. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 13 de novembro de 2013).

¹³⁰ Dispõe o art. 59 do Código de 1940: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade da pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível” (REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Código Penal de 1940 – com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 julho de 1984 (Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Portal Eletrônico do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm. Acesso em: 14 de novembro de 2013).

De qualquer sorte, o Código Penal de 1940 (com a reforma de sua Parte Geral introduzida pela Lei n.º 7.209/1984) já privilegia, em boa medida, a *culpabilidade pelo fato* (*direito penal do fato*) neste viés. Em verdade, buscou um ponto de equilíbrio entre a *culpabilidade do fato* e a *culpabilidade do autor*, prevalecendo, como anota Assis Toledo, um *direito penal do fato moderado*, porquanto valoriza-se a personalidade, o caráter e o temperamento individual não para determinar se o agente cometeu a infração penal ou se representa riscos à sociedade, mas apenas com vista à graduação da pena de forma humana e individualizada.¹³¹

Evidente que a *culpabilidade do autor*, da forma como contemplada pela Reforma de 1984, não guarda correlação com o modo de condução da vida do agente, mas com as suas circunstâncias subjetivas, que se destinam a fixar-lhe uma reprimenda mais justa e individualizada. Busca-se, com isso, uma *individualização e humanização* da pena, evitando injustiças, pois, como já consagrava Bettiol¹³², rechaça-se uma operação “*mecanizada*”.

O que se pretende dizer é que os fatores psicológicos, sociológicos e antropológicos devem ser inseridos na fixação de uma pena justa, conferindo um melhor balizamento à *individualização da pena*, a ponto de apartar-se de uma relação preponderante com o *direito penal de autor*.¹³³

A própria *culpabilidade*, na fase da dosimetria da pena, demanda essa tomada de postura judicial, a fim de que se imponha uma pena justa ao infrator individualmente

¹³¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 251; NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 177-78.

¹³² Já consagrava Bettiol que a aplicação da pena apresentava notáveis dificuldades, pois envolve o poder discricionário do juiz na análise do caso concreto, o que reforça a necessidade de o magistrado estar vinculado ainda mais aos juízos de valor do legislador, não bastando apenas que os fatos delituosos e as penas sejam expressamente previstos. Contudo, a eliminação ou restrição de todo o poder discricionário conduz a um regime de penas fixas e imóveis (BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Vol. III. Tradução por Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 152-53).

¹³³ Para Nucci: “Por que nos ocuparmos de fatores aparentemente extra-penais para a individualização da pena: Qual a razão de levarmos em conta os antecedentes? Eles não seriam um indevido *bis in idem*, pois o réu já foi julgado pelo crime anterior, que não poderia intervir novamente, agora para a fixação da sua pena pelo novo delito? Sob qual fundamento deveríamos averiguar como vive o réu em comunidade, no seio familiar, com seus amigos, no trabalho? Seria bisbilhotar a intimidade alheia? Por que motivo haveríamos de nos preocupar com a personalidade do acusado, algo aparentemente tão impalpável para o juiz, que não conta com o aparato técnico, bem como profissionais especializados para auxiliá-lo nessa busca? Que base teria o magistrado para buscar, na aplicação da pena, o motivo do crime como critério limitador? Por que verificar o comportamento da vítima antes do delito? Seria acusá-la de “partícipe” no ato que lhe trouxe lesão? Enfim, por quais fundamentos haveríamos de ter tantos requisitos no artigo 59 do Código Penal para chegar à pena justa? Tudo isso porque julgar não é uma tarefa de matemáticos nem de computadores, sendo deplorável a (nem sempre incomum) *pena-padrão*, que elimina as evidentes diversidades entre os réus, seres humanos diferentes por natureza no cotidiano [...]” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 175, grifo do autor).

considerado, pois o juiz, quando da aplicação da pena, deve levar em conta a *culpabilidade em sentido lato*.¹³⁴

Destarte, a culpabilidade afigura-se como elemento definidor do delito, pois é juízo de censura que deve incidir em diferentes etapas da fixação da pena, tendo-se em vista que o teor do art. 59 do Código de 1940 é levado em conta não apenas para a fixação da pena, como também para a análise de concessão de diversos benefícios, v.g., a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, *sursis* da pena, concessão de regime aberto, dentre outros.

Nesse sentido, ganham relevo os critérios específicos referentes ao autor, denominadas *circunstâncias subjetivas*, que ocupam posição de maior relevo que as *circunstâncias objetivas*, que dizem respeito ao fato delituoso. Assim, as circunstâncias subjetivas devem sempre prevalecer sobre as objetivas, consoante o disposto no art. 67 do Substantivo de 1940.

Assinala-se, ainda, que, no que toca à matéria de circunstâncias judiciais, o Projeto nº 236 deixou de fixar um modo especial de dosimetria de penas a certas espécies de infrações, a exemplo da culpabilidade nos “*crimes societários*”, cujos critérios já se apresentam controversos sob o prisma do Código 1940 e das legislações extravagantes.¹³⁵

O Projeto prioriza o sistema de aplicação da pena de jaez individual, deixando de levar em conta as circunstâncias nas quais o delito é perpetrado contra *bens jurídicos de nova geração* (bens jurídicos difusos e coletivos), geralmente envolvendo a atuação da *pessoa jurídica criminosa*, v.g., nos crimes ambientais e nas relações de consumo.

Já o art. 76 introduziu a possibilidade do juiz, na hipótese de homicídio doloso ou de outro crime que afete a vida, ao proferir sentença condenatória, de fixar alimentos aos dependentes da vítima, na forma da lei civil.

¹³⁴ A culpabilidade substituiu as antigas expressões “*intensidade do dolo*” e “*graus da culpa*” que eram previstas dentre as circunstâncias judiciais. Assim, de acordo com o panorama do Código de 1940, verifica o magistrado se existente dolo ou culpa, não se valorizando, preponderantemente, se o dolo foi intenso ou a culpa foi grave (conquanto não deixem de ser levados em conta). Ademais, o elemento subjetivo não deve servir de guia para o juiz, já que é inserido na tipicidade no âmbito do fato típico, sendo que a culpabilidade diz respeito a todos os demais fatores, tais quais os antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, circunstâncias do delito, consequências do crime e comportamento da vítima, de cuja análise pode restar configurada uma culpabilidade maior ou menor (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 171).

¹³⁵ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 580

Inconteste que esse dispositivo trata da figura dos *prejudicados* do delito, particularmente aos casos relativos a homicídio doloso ou culposo ou de qualquer outro crime que afete a vida.¹³⁶

Contudo, da análise do dispositivo em comento, andou mal o legislador, no sentido de disciplinar, no bojo de um texto penal, matéria atinente à fixação de alimentos aos prejudicados de crimes contra a vida.

Além disso, tal temário tem suscitado controvérsias doutrinárias das mais diversas ordens, porquanto envolve a discussão dos efeitos civis da sentença penal condenatória.

De qualquer sorte, já se encontra estampada no ordenamento jurídico-penal brasileiro, mais especificamente no Código de Processo Penal, ao tratar do valor mínimo a ser fixado na sentença penal condenatória para efeitos de indenização (art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008).

De acordo com o atual panorama legal, o valor mínimo a ser fixado na sentença penal condenatória, em se tratando de crime de homicídio, deve abranger, sem excluir outras reparações, com arrimo no art. 948 do Código Civil, o pagamento de despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da vítima, além da *prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vítima*.

Destarte, conforme o caso, fora o ressarcimento dos danos materiais, pode-se gerar a fixação de pagamento de pensão alimentícia à vítima e a seus dependentes, além da reparação do dano moral, podendo o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros optarem pelas seguintes alternativas: (i) promover a execução no juízo cível da sentença penal condenatória transitada em julgada, no que se permitiria a liquidação, nos moldes do art. 63 do Código de Processo Penal; ou (ii) propor a ação civil *ex delicto*, com esteio no art. 64 do mesmo diploma legal.¹³⁷

¹³⁶ Vítima (ou ofendido) é o titular do bem jurídico que, sendo penalmente tutelado, é lesado ou exposto à perigo de lesão pelo infrator. Classifica-se em: (i) *vítima mediata* (sujeito passivo constante, mediato, formal, geral, genérico ou indireto), que é referente ao Estado, competindo-lhe exigir o direito público subjetivo de cumprimento da legislação penal, pois, uma vez perpetrada uma infração penal, passa o próprio Estado a figurar como sujeito passivo de todos os crimes; e (ii) *vítima imediata* (sujeito passivo eventual, imediato, material, particular, acidental ou direto), atinente ao próprio titular do bem jurídico penalmente tutelado. Já *prejudicado* é toda e qualquer pessoa que sofre danos patrimoniais ou morais com a prática do crime.

¹³⁷ Há controvérsias, no entanto, quanto à fixação desse valor mínimo, diante das dificuldades do juiz de aferir o montante a ser estabelecido no caso concreto, seja a título de pensão alimentícia, seja de dano moral. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que discussões dessa natureza são afetas à área cível, onde a cognição judicial será voltada, após intentada a respectiva ação penal visando ao recebimento da indenização, ao reconhecimento do direito e, quando possível, do montante devido, já levando-se em conta os parâmetros do pedido da parte autora. É bem verdade que essa fixação no processo penal pode trazer dificuldades, geralmente decorrentes da insuficiência de elementos de determinação do valor a ser estabelecido e, conforme o caso, a complexidade da matéria pode prejudicar o andamento do curso processual ou qualquer outra discussão que o valha (mesmo em se tratando de sentença penal condenatória). Dessa forma, o legislador penal, ao insculpir a

Mas não é só. O art. 84 do Projeto¹³⁸ desponta como um dos dispositivos de maior relevo, eis que versa sobre a *dosimetria da pena*.

Com efeito, o referido artigo mantém o *critério trifásico* de cálculo da pena, lapidado por Hungria, seguindo basicamente o mesmo panorama do art. 68 do Código de 1940.

Todavia, traz em seu cerne a inclusão de diversos parágrafos: (i) introdução do §1º, dispondo que, na análise das circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, o juiz deve fundamentar cada circunstância, indicando o *quantum* respectivo, em homenagem ao *princípio da individualização da pena*; (ii) o §2º manteve a mesma redação do parágrafo único do art. 68 do texto de 1940, no sentido de que, no concurso de causas de aumento e de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, porém, a causa que mais aumente ou diminua; (iii) inclusão do §3º, que disciplina que, quando a pena-base for fixada no mínimo cominado e sofrer acréscimo em consequência de exclusiva causa de aumento, o juiz poderá reconhecer atenuante até então desprezada, limitada a redução ao mínimo legalmente cominado¹³⁹; (iv) inserção do §4º, que estatui que, ainda aplicada no mínimo, o juiz poderá, excepcionalmente, diminuir a pena de um doze avos até um sexto, em virtude das circunstâncias do fato e consequências para o réu; (v) introdução do § 5º, no sentido de que, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um terço a metade; e (vi) o §6º dispõe que, uma vez ocorrida a confissão voluntária convergente com a prova produzida na instrução criminal, a pena poderá ser reduzida de um doze avos até um sexto, não sendo

regra do art. 76 do Projeto, ampliou a sistemática ora analisada a outras infrações que atentam contra a vida – ou seja, além do homicídio doloso ou culposo –, o que também é discutível.

¹³⁸ “**Art. 84.** A pena-base será fixada atendendo-se ao critério das circunstâncias judiciais deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, observados os limites legais cominados; por último, as causas de diminuição e de aumento. §1º Na análise das circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, o juiz deve fundamentar cada circunstância, indicando o *quantum* respectivo. §2º No concurso de causas de aumentos e de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. §3º Quando a pena-base for fixada no mínimo cominado e sofrer acréscimo em consequência de exclusiva causa de aumento, o juiz poderá reconhecer atenuante até então desprezada, limitada a redução ao mínimo legalmente cominado. Causas de diminuição §4º Embora aplicada no mínimo, o juiz poderá, excepcionalmente, diminuir a pena de um doze avos até um sexto, em virtude das circunstâncias do fato e consequências para o réu. §5º Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um terço a metade. §6º Ocorrida a confissão voluntária convergente com a prova produzida na instrução criminal, a pena poderá ser reduzida de um a doze avos até um sexto. §7º No caso de delação premiada não se aplica o §6º deste artigo.” (REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Portal Eletrônico do Senado. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 13 de novembro de 2013).

¹³⁹ Entende-se, no entanto, que essa previsão é problemática, pois permite seja considerada por duas vezes a atenuante, afrontando o *non bis in idem* e conduzindo a um evidente quadro de insegurança jurídica.

aplicável essa disposição, no entanto, no caso de delação premiada, nos termos do §7º do mesmo dispositivo legal.

Já no campo do concurso de crimes (*concursum delictorum*), o Projeto o manteve albergado na parte atinente à aplicação da pena (“*Título III: Penas*”). Porém, corroborando da concepção de Bettiol, tem como cerne o caráter unitário da ação¹⁴⁰ (o “*coração da dogmática penal*”), despontando como a ponte de passagem entre a teoria do delito e a teoria da pena.¹⁴¹

E, na lição de Mezger, tem como baluarte não apenas o prisma penal, como também a seara processual penal¹⁴², de modo que, diante de eventual reforma de Código Penal, revela-se salutar a elaboração conjunta e *pari passu* dos respectivos diplomas legislativos.

Também aponta-se: (i) se seria possível concurso de infrações em delitos perpetrados por pessoa jurídica criminosa, sobretudo considerando a nova previsão do Projeto (art. 41); (ii) se seria crível a aplicação do crime continuado ao *delinquente habitual ou profissional*; (iii) delinear possíveis margens de aplicação do princípio da insignificância (*crimes de bagatela*) a delitos cometidos em continuidade; (iv) elucidar o reconhecimento da continuidade delitiva em casos de culpa leve; e (v) delinear os contornos da aplicação da pena de multa no concurso de crimes.¹⁴³

Da mesma forma, o Projeto, em seus arts. 89 (*aberratio ictus* ou erro na execução) e 90 (*aberratio delicti* ou *aberratio criminis* ou resultado diverso do pretendido), manteve as hipóteses de *crimes aberrantes* na parte de aplicação das penas.

Manteve o art. 91, em consonância com o princípio da humanidade das penas, o limite de tempo de cumprimento da pena de prisão em 30 (trinta) anos. Em todo caso, uma alteração em destaque é aquela trazida pelo §2º, permitindo-se o cumprimento da pena em até 40 (quarenta) anos no caso de unificação de penas.

Assim, sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, com limite máximo de quarenta anos, desprezando-se, para tal fim, o período de pena já cumprido.

¹⁴⁰ Na ação penalmente relevante, o Projeto (art. 14, *caput* e parágrafo único) conferiu novos contornos ao resultado que sobrevém da conduta, trazendo a lume a concepção funcionalista roxiniana, atrelada à ideia de risco.

¹⁴¹ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. V II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 291-92; WESSELS, Johannes. *Direito Penal (aspectos fundamentais)*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 172-73; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 109; FAYET JÚNIOR, Ney. *Do crime continuado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 180.

¹⁴² MEZGER, Edmund. *Derecho penal. parte general*. Mexico: Cardenas Editor e Distribuidor, 1985, p. 339.

¹⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1: parte geral. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 724-25.

Em síntese, forçoso é convir que, no que toca ao temário da *individualização da pena*, o Projeto n.º 236/2012 funda-se preponderantemente na base ideológica do Código Penal de 1940 (com a sua Reforma da Parte Geral de 1984), apartando-se dos demais textos e projetos de leis penais, assim como das reflexões dogmáticas e jurisprudenciais até então erigidas cenário penal brasileiro. Entende-se, a bem da verdade, que o direito penal pátrio não necessita ser refundado, senão apenas esmeradamente aprimorado, buscando um melhor balizamento dogmático e político criminal de seus institutos.

CONCLUSÕES

- 1) Aprioristicamente, não há um entendimento unívoco sobre a origem etimológica da “pena”, constituindo-se em uma verdadeira “*fórmula nebulosa*”, mormente no que diz respeito a sua finalidade e individualização. De toda sorte, sob o manto do direito penal, a noção de pena sempre guardou correlação com o ideário de *vingança* e *castigo*, eis que, desde os primórdios, o homem violou regras do convívio social, razão pela qual se tornou inexorável aplicar-lhes os efeitos estigmatizantes da sanção penal.
- 2) Nesse quadrante, a tendência penal hodierna radica em afastar da pena uma preponderante carga de represália, porquanto tal característica seria dotada de um fundo emocional e sentimental, chegando a impedir a racionalização da intervenção punitiva. Logo, conforme o desenrolar evolutivo da sociedade, tem a experiência humana o pendore de tornar as penas cada vez mais humanas e menos cruéis, conferindo maior amplitude aos direitos e garantias do acusado de uma infração penal.
- 3) Ocupa posição de revelo o *princípio da individualização das penas*, corolário do *princípio da culpabilidade* (em seu *sentido político criminal* e de *delimitação do jus puniendi estatal*), perfazendo-se uma *culpabilidade individual*, haja vista que cada infrator faz jus a uma pena individualizada e proporcional ao delito perpetrado, rechaçando-se sua padronização “*mecanizada*” ou “*computadorizada*”.
- 4) A *individualização da pena* consiste em fixar a justa e adequada sanção penal, no sentido de se estabelecer o montante, o perfil e os efeitos da condenação a incidirem sobre o acusado, conferindo-lhe tratamento particular e distinto dos demais infratores, mesmo que coautores ou corréus, evitando-se a padronização “*mecanizada*” ou “*computadorizada*” da sanção penal.
- 5) O *princípio da individualização da pena* se exara do *princípio da culpabilidade* (em seu *sentido político-criminal* e *limite do jus puniendi*), que, por seu turno, encontra lastro na *dignidade da pessoa humana*. Também assume importância o *princípio da*

proporcionalidade, que serve como fonte inspiradora nos três estágios de *individualização da pena*: (i) atividade legislativa; (ii) judiciária; (iii) e executória.

6) A doutrina penal emprega a “*culpabilidade*” nas mais variadas acepções, sendo que, em se tratando da *individualização da pena*, privilegia-se a *culpabilidade* em seu *conceito político-criminal e limite do jus puniendi*, embasada nos princípios da *responsabilidade pessoal* (ou *subjetiva* ou da *culpabilidade em sentido estrito*), da *responsabilidade pelo fato*, da *presunção de inocência* (ou *não-consideração prévia de culpabilidade*) e da *individualização da pena*. Nesse diapasão, os moldes da sanção penal devem resultar da conjugação de todos os princípios correlatos apontados.

7) Aponta a doutrina que o princípio da culpabilidade decorre dos *princípios da responsabilidade pessoal* e, sobretudo, da *dignidade da pessoa humana*, porquanto não há crime sem dolo e culpa (“*nullum crimen sin culpa*”), sendo a pena determinada conforme o obrar subjetivo do agente, rechaçando-se a responsabilidade penal objetiva.

8) Forçoso é convir a existência de uma cadeia de princípios com vistas à *humanização* das penas, principiando-se da *dignidade da pessoa humana* e da *culpabilidade* (em seu *sentido político-criminal* e do *jus puniendi*) rumo à *individualização da pena*, com o desiderato de tornar a própria pena cada vez mais humana, justa e proporcional à responsabilidade penal pessoal do infrator pelo delito perpetrado.

9) No que tocante ao princípio da *responsabilidade pelo fato*, a pena deve ser delineada preponderantemente com lastro na culpabilidade do fato (*direito penal do fato*), apartando-se da culpabilidade do agente (*direito penal do autor*), mas sempre sendo necessário recorrer, quando da dosimetria da pena, a dados e condições pessoais do autor (*circunstâncias subjetivas*), visando à melhor compreensão de seu comportamento e a imposição da reprimenda.

10) Sob o prisma do direito penal brasileiro, o Código Penal de 1940 (com a Reforma de sua Parte Geral trazida pela Lei n.º 7.209/1984), em seu artigo 59, consagra a *teoria da prevenção geral positiva limitadora*, em observância aos princípios e garantias fundamentais estampados na Constituição 1988, com supedâneo na dignidade da pessoa humana e nos princípios penais correlatos, bem como nos postulados do movimento da *Nova Defesa Social*.

11) Também encontra acolhida a teoria *mista* ou *eclética* da pena, no sentido de que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias do crime, assim como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para *reprovação* e *prevenção* do crime, as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I) e a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites

previstos (inciso II), assim como o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (inciso III) e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

12) O referido *Codex* privilegia expressamente a *função preventiva* da pena, em especial na modalidade *preventiva geral positiva limitadora*, com lastro em direitos fundamentais. Contudo, indaga-se se a função *retributiva* teria sido consagrada pelo Estatuto Penal, tendo em vista que o legislador referiu-se à “*reprovação*”. Entende-se, de toda sorte, que o legislador penal, com a Reforma da Parte Geral de 1984, acolheu a *função retributiva* da pena, ao tratar, no §5º do artigo 121, da possibilidade de reconhecimento do perdão judicial pelo juiz, nas hipóteses em que as consequências da infração atingirem o agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

13) Nesse prisma, a *individualização da pena*, mesmo que contemplada ou não pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro em épocas passadas, pode ser analisada sob o seguinte ângulo histórico do direito penal pátrio: instituições indígenas; Ordenações do Reino, abrangendo as Ordenações Afonsinas (1500 a 1512), Manuelinas (1512 a 1569), o Código de D. Sebastião, (1569 a 1603) e as Ordenações Filipinas (1603 a 1830); Código Criminal do Império (de 1830); Código Penal Republicano (de 1890); Consolidação das Leis Penais, pelo Desembargador Vicente Piragibe (Decreto nº 22.213, de 14.12.1932); Projeto Alcântara Machado (de 1938), que embasou o Código Penal de 1940; Anteprojeto de Néelson Hungria (de 1963); Código Penal de 1969 (Decreto-lei 1.004/1969); Lei 6.016/1973, que alterou o Código Penal de 1969 – sendo o Código Penal de 1969 revogado pela Lei 6.578/1978, sem ter entrado em vigor; Anteprojeto Cernicchiaro de Parte Especial (de 1983 e 1984); Anteprojeto Assis Toledo, da Parte Especial (nos idos de 1981 a 1984); Esboço Lins e Silva (de 1997 a 1999); Projeto Abi-Ackel (Projeto nº 3.473/2000), de Parte Geral, em especial o sistema de penas; e Projeto de Lei nº 236, de 2012.

14) Entende-se que todos os diplomas legais e projetos de lei desenvolvidos na seara penal devem servir como bases ideológicas para a elaboração de um novo texto criminal no Brasil, o que deveria ter se verificado com o Projeto n.º 236, de 2012.

15) O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 foi o primeiro diploma a tratar do *princípio da individualização da pena* no direito penal pátrio. De qualquer sorte, a aplicação da pena, tanto no Código Imperial (art. 63) como no Republicano (art. 62), depontava-se como uma operação dosimétrica que impunha limites aos poderes do juiz, vinculando-o a parâmetros extremamente rígidos. Havia a fixação em lei e dividida em graus, ficando o juiz

sujeito a tais critérios ao proferir a sentença, jungindo-se aos graus máximo, mínimo, médio, submáximo e submédio, pouco levando em conta o seu subjetivismo pessoal.

16) Já os diplomas posteriores, dentre os quais o texto original de 1940, inclinaram à *individualização* da pena de uma forma mais abrangente, seguindo a propensão doutrinária tanto a nível nacional como estrangeiro, de modo a propiciar uma maior flexibilidade ao juiz para dimensionar o fato e seu agente, libertando o próprio magistrado da “*optima lex quae minimum arbitrio judicis relinquit*”.

17) No tocante ao Código Penal de 1969, o julgador deveria levar em conta, na aplicação da pena, a gravidade do crime, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, o meio social e a atitude posterior ao fato criminoso.

18) Com o advento da Lei n.º 7.209/1984, o Código de 1940 passou a aprimorar a *individualização* da pena, por meio de critérios mais vastos e precisos, enaltecendo, predominantemente, a *culpabilidade do fato (direito penal do fato)*. Manteve-se o *critério trifásico* de Hungria, consoante o disposto no item 51 da Exposição de Motivos do Código Penal, permitindo o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria, em consonância com a *garantia constitucional da ampla defesa*.

19) A *individualização* da pena ganhou assento constitucional, nos moldes do art. 5º, incs. XXXIX e XLVI, da Magna Carta de 1988.

20) Substancialmente, o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Projeto de Reforma do Código Penal) prescinde de um esmerado tratamento dogmático e funcional sobre o temário “*Da Individualização das Penas*” (Título IV da Parte Geral, nos artigos 71 *usque* 93), apartando-se de todo arcabouço legislativo e doutrinário até então erigido no cenário penal brasileiro.

21) De uma leitura conjuntural, não está evidente, na proposta legislativa, uma opção por certa linha filosófica do Direito Penal, tampouco uma política criminal a ser perseguida, colocando à míngua toda a adequação sistêmica da Parte Geral. Certo é que a atuação do legislador, em todas as esferas do direito, deve seguir uma linha sistêmica, em homenagem aos *princípios da legalidade* e da *codificação*, a ponto do ordenamento jurídico apresentar unidade, coerência e completude. Também faz-se mister a reformulação conjunta e em *pari passu* do Código Penal com o Código de Processo Penal.

22) O Projeto n.º 236 restringiu-se a analisar o contexto do Código de 1940, distanciando-se dos textos penais até então editados, dentre os quais a Exposição de Motivos da Parte Geral de 1940 e de 1984; do Código Penal de 1969; dos Anteprojetos da Parte Especial de 1984 e 1999

e a página redigida pelo Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, que antecede o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973).

23) Em síntese, o direito penal brasileiro não necessita ser refundado, senão apenas lapidado, buscando um acurado balizamento dogmático e político criminal de seus institutos, principalmente no que toca à *individualização da pena*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I) DOUTRINA

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal. Concepto del derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950.

AZEVEDO, Marcelo André de. SALIM, Alexandre. A reformulação dos critérios de determinação judicial da pena. *In: Comentários ao Projeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012)*. Coordenado por Rogério Greco. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013.

BACIGALUPO, Henrique. *Direito Penal – parte geral*. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais - “A pena de morte”*. São Paulo: Livraria e Editora Logos.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Vol. III. Tradução por Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BICUDO, Tatiana Viggiani. *Por que punir? Teoria geral da pena*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. Parte Geral. Vol. II. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Editora Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DOTTI, René Ariel. *A morte não vale a pena*. Ciclo de Conferências “Sobral Pinto”, a pena de morte no Brasil. Paraná: Imprensa Oficial, 1991.

_____. Algumas bases ideológicas do projeto 236/2012. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 240, p.2-4, nov. 2012.

_____. *As novas dimensões na execução da pena*. Contribuição ao V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins. Curitiba, 1975.

_____. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Pesquisas sobre a reforma penal*. Curitiba, 1973.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro (Comentado) (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)*. Vol. II. Parte Geral (arts. 1 a 41). Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Editôra, 1958.

FAYET JÚNIOR, Ney. *Do crime continuado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica. Fauzi Hassan Choukr. Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A terceira reunião da Comissão redatória do Código Penal Tipo para a América Latina. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. nº 16. P. 55-73. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo53.pdf. Acesso em: 12 de novembro de 2013.

_____. Subsídios para a História do Novo Código Penal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. nº 3. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo67.pdf. Acesso em: 05 de novembro de 2013.

FRANCO, Alberto Silva. STOCCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. V. 1. Parte Geral. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. Volume XIII, 1913.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1972.

GONZAGA, João Bernardino. *O direito penal indígena: à época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do código de processo penal modelo para Ibero-América na legislação latino-americana: convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 1, p.41-63, jan./mar. 1993.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura e política*. Tradução de Adriana Beckman Meirelles. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Felipe Rhenius Nitzke. Mariana Ribeiro de Souza. Odim Brandão Ferreira. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2008.

HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense: Forense, 2011.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940)*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Gunther. Sobre o recente embate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p. 159-178.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução por José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores.

LYRA FILHO, Roberto. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Compêndio de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação sociológica de novas tendências político-criminais*. São Paulo, IBCCRIM, coleção monografias, n. 34, 2005.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal. parte general*. Mexico: Cardenas Editor e Distribuidor, 1985.

MINERBO, Marion. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Liberdade (possível) e Responsabilidade*. Conhecimento Prático Filosofia, v. 28, p. 47-54, 2011.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Introdução e Parte geral. Vol. I. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985-86.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Manual de Direito Penal. Parte geral e especial*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Estudos e pareceres de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROXIN, Claus. Sobre o recente embate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís & TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p. 179-210.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. CORREA, Alceu Júnior. *Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação do direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. MARONA, Cristiano Avila. NEISER, Fernando Gaspar. SOUZA, Luciano Anderson de. RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Comentários ao Relatório do Senador Pedro Taques em face do PLS nº 236/12*. IBCCRIM, 2013.

SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal*. 5ª ed. São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1917.

_____. *Tratado de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1950.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal (aspectos fundamentais)*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1: parte geral. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

II) LEGISLAÇÃO

CÓDIGO PENAL TIPO PARA A AMÉRICA LATINA. Portal Eletrônico do Prof. René Ariel Dotti. Disponível em: <http://www.professordotti.com.br/midia/Codigo-Penal-Tipo-para-Latinoamerica-português.pdf>. Acesso em: 13 de novembro de 2013.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Código Penal de 1940 – com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 julho de 1984 (Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Portal

Eletrônico do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm. Acesso em: 14 de novembro de 2013.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Código Penal de 1969 (Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de Outubro de 1969). Portal Eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decllei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 de novembro de 2013.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Código Penal Republicano de 1890 (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890). Portal Eletrônico do Senado Federal. Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s. Acesso em: 24 de novembro de 2013.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Portal Eletrônico do Senado. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 13 de novembro de 2013.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Redação original do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Portal Eletrônico do Senado. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343>. Acesso em: 24 de novembro de 2013.