

ALGUNS ASPECTOS DO SISTEMA DE PENAS NO PROJETO DE CÓDIGO PENAL*

José Henrique Pierangelli

1. No Projeto que pretende modificar a **parte geral** do Código Penal (Projeto de Lei nº 1.656/83), as penas aparecem sob três formas: a) privativas da liberdade; b) restritivas de direitos e c) multa (art. 32).

As primeiras apresentam-se mediante a reclusão e a detenção (art. 33); as segundas, ostentam três modalidades: a) prestação de serviços à comunidade; b) interdição temporária de direitos, e c) limitações de fins de semana (art. 43). A sanção pecuniária, por sua vez, apresenta-se sob a forma do dia multa (art. 49).

2. As penas mais graves estabelecidas pelo Projeto, são a de reclusão e a de detenção, tal ocorre com a legislação vigente.

A pena de reclusão é executada em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A detenção é cumprida em regime semi-aberto ou aberto, ressalvada a hipótese de regressão a regime fechado (art. 33, "caput").

A execução de tais penas se faz tendo em vista o sistema progressivo (art. 33, § 2º), observados os méritos do condenado. Como esclarece SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO, um dos colaboradores da reforma projetada, em recente conferência proferida na Associação Paulista do Ministério Público, "os aludidos regimes direcionam-se para a maior, ou menor parcela de vida livre, restringida pela decisão condenatória. A sanção imposta, sujeita ao apenado a progredir, ou a regredir nos regimes, mas de modo alomático. O motor do movimento acha-se em seu mérito ou demérito (§ 2º, do art. 33, do PLCód. Penal c/c arts. 111 e 117, do PL Exec. Penal)"¹.

Como consequência, na progressão, em razão dos méritos revelados pelo condenado, este passa de um sistema mais rigoroso para outro menos rigoroso, e, na regressão, dá-se o inverso.

* Conferência pronunciada em 27 de outubro de 1983, na Faculdade de Direito de Marília.

A adoção do sistema progressivo, da forma como proposta pelo projeto, visa a ressocialização completa do delinqüente, para devolvê-lo, após o cumprimento da pena, à sociedade, perfeitamente adequado às regras mínimas estabelecidas pelo convívio social. Como salienta RENÉ ARIEL DOTTI, um dos membros da Comissão de Reforma, "a orientação de que a pena de prisão deve ter, entre as suas finalidades, o objetivo de reajustar a personalidade do sentenciado aos padrões reclamados pela vivência comunitária é instituída em diplomas fundamentais" (...) e códigos penais que refletem atuais tendências..."².

O Projeto realça a ressocialização, que se busca através da pena, seguindo, assim, as legislações mais recentes, tais como os Códigos da Alemanha Ocidental (1975), da Áustria (1975), da Polônia (1970), da Espanha (1978), de Portugal (1983). Não perde, contudo, de vista, ser a pena um mal, cuja principal característica é o seu conteúdo retributivo, do qual não pode prescindir o Direito Penal, uma vez que, no atual estágio de desenvolvimento da civilização, ela é indispensável para a conservação de uma sociedade jurídica e politicamente organizada. "Não é inconcebível que, em outra etapa cultural mais avançada, a luta contra o delito possa alcançar mais êxito recorrendo a uma correção benévola; mas então, já não se trataria de uma pena, e sim de uma instituição diferente, que a substituiria"³.

A pena, no Projeto, não apresenta nem poderia apresentar, pelos fins que persegue, características de vingança ou de talião. Nele, poderíamos dizer, a pena "é modelada pelo sentimento de solidariedade que todas as criaturas humanas em sã consciência revelam nas suas relações com o próximo e através das meditações com as quais procuram se conhecer a si mesmas, revendo e descobrindo os espaços reservados de sua alma"⁴.

Lembra bem BERISTAIN, que o Direito Penal moderno não se compraz com uma pena que apresente apenas as características retributivas e de vingança, nos moldes da preconizada por GROCIO — *malum passionis, quod infligitur ob malum actionis*. Contrariamente, o direito objetiva a paz e para tanto reclama compreensão e respeito de um para com outro. A violência, inversamente, conduz à alienação da pessoa e não à sua libertação. E a "verdadeira paz implica el reconocimiento de la persona como algo sacro, misterioso y intangible. El penalista debe armonizar la búsqueda infatigable de la paz con el cumplimiento constante de su deber sancionador. He aquí la antinomia de la misión iuspunitiva. Quien labora en el Derecho Penal, avanza a caballo sobre dos fuerzas en buena parte opuestas: la justicia y la sanción. La primera suele definirse como el arte de dar a cada uno lo suyo. La segunda, como el deber de quitar al delincuente algo suyo"⁵.

3. A busca da ressocialização se manifesta desde o início do cumprimento da pena; com o exame criminológico, que é obrigatório ao iniciar-se o cumprimento da pena, com o exame criminológico que é obrigatório ao iniciar-se o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado (art. 34), e, facultativo, no início do cumprimento de pena em regime semi-aberto (art. 35). É o primeiro passo. "Não pode ser desprezado diante da tendência do direito penal moderno em sobrepor, ao velho problema da classificação dos crimes, o novo problema de classificação dos criminosos, e ao velho problema da pena retributiva, o novo problema da classificação das penas e das medidas de segurança, colocando, deste modo, no centro dos interesses penais, a consideração da personalidade humana"⁶.

O exame criminológico só será realizado após o trânsito em julgado da sentença condenatória, na qual fique, em definitivo, declarada a culpa penal e fixada a sanção respectiva. A partir daí, "a gravidade do fato delituoso ou as condições pessoais do agente, determinantes da execução em regime fechado, aconselham o exame criminológico, que se orientará no sentido de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar a sua inserção no grupo, com o qual conviverá, no curso da execução da pena"⁷. É a adoção, como informa a Exposição de Motivos, do princípio penal-penitenciário da separação dos condenados e a sua classificação obedecendo às suas características pessoais.

Não se deve confundir o exame criminológico com o exame da personalidade, de que fala o artigo 9º, do Projeto de Lei de Execução Penal. Enquanto o exame criminológico busca perquirir acerca da responsabilidade do agente, "da sua capacidade para o crime, da medida da sua culpabilidade e da sua capacidade de correção"⁸, o exame da personalidade irá situar o indivíduo na escala ambiental e social, "não só referida ao passado, senão projetada ao futuro"⁹. Essa busca, como diz a Exposição de Motivos do Projeto de Lei de Execução Penal (item 34), vai "para além do crime cometido".

As duas perícias, a criminológica e a de personalidade, em conjunto, no sistema da legislação projetada, tendem a fornecer elementos indispensáveis para a detecção das causas do delito e de meios que orientem a prevenção, tanto geral, como especial, principalmente desta.

4. No sistema planejado, ganha o trabalho penitenciário especial destaque. A pena com trabalho, conquanto ocupasse o terceiro lugar na escala punitiva do Código Criminal do Império (art. 46), se

constituiu durante o período de vigência dessa legislação, a pena mais aplicada. Comentando o dispositivo enfocado, THOMAZ ALVES JUNIOR, que foi promotor da Corte, escreveu: "A prisão com trabalho, repetimos, é a pena por excelência que encerra todas as qualidades de uma verdadeira pena. O trabalho é a lei civilizadora do homem, acompanhar a prisão dessa circunstância não é impô-la ao homem, é sim fazer com que ele cumpra uma lei que até está escrita nos livros santos: **Trabalha que eu te ajudarei**"¹⁰.

Conquanto a legislação imperial pecasse por várias lacunas, algumas das quais foram sanadas pelo regulamento penitenciário, como ocorreu com o trabalho prisional que se tornou remunerado, seguia aquela legislação a orientação da doutrina e dos pensadores da época.

O trabalho, principalmente a partir de 1834, com a experiência realizada pelo Coronel Montesinos, no presídio de San Agustín, de Valência (Espanha), tem sido exaltado como fator ressocializador, afirmando-se serem destacados os benefícios que da atividade laborativa derivam para a conservação da personalidade do delinqüente¹¹ e para a promoção do "autodomínio físico y moral que necesita y que le será imprescindible para su futura vida en libertad"¹². Acentua-se, ainda, que com o trabalho prisional pode-se lograr o hábito do desempenho satisfatório do trabalho, a conservação ou ampliação com melhora, da anterior atividade profissional, que irá se constituir em fator determinante do processo de reintegração social¹³.

Conquanto se possa criticar esse entendimento, uma vez que nem todo delinqüente se encontra na prisão em razão de motivos ou de circunstâncias que de alguma forma se relacione com a sua atividade laborativa, mesmo assim, como observa JOSÉ LUIS LA CUESTA ARZAMENDI, o simples fato de trabalhar em nada prejudica o tratamento, e, às vezes, mesmo assim, o trabalho demonstra eficácia no processo ressocializador¹⁴.

5. No sistema projetado, o trabalho como forma de se conseguir a reeducação do preso, ganha destaque. Com ele o condenado será convenientemente preparado para o retorno à vida livre. Como lembra MANOEL PEDRO PIMENTEL, para reformar um homem, é preciso melhorá-lo e isso não se consegue dentro das formas tradicionais de execução da pena¹⁵.

A reforma penal projetada assinala ser o trabalho do condenado um dever social e condição de dignidade humana, que tem finalidade educativa e produtiva (PLEx.Penal, Art. 27). Esse trabalho é remunerado cuja remuneração não pode ser inferior a 75% do salário mínimo (PLEx.Penal, art. 28).

Este dispositivo tende a ser polêmico, pois, em outros países, o salário do trabalhador prisional representa um pequeno percentual do salário do trabalhador livre. Deve-se ter em consideração, contudo, que o salário mínimo, em nosso País, está fixado em bases irreais. O salário recebido pelo trabalho na prisão sofrerá, contudo, alguns descontos: um percentual será destinado à reparação do dano *ex-delicto*; outro destinado à assistência da família; também sofrerá uma redução para o ressarcimento da manutenção do condenado no presídio e para as suas pequenas despesas (art. 28, § 1º e suas alíneas, do PLEx.Penal). O restante irá formar um pecúlio em favor do preso, que lhe será entregue quando deixar o presídio. Essa importância será depositada em cadernetas de poupança (art. 28, § 2º, do PLEx.Penal).

Nos regimes fechado e semi-aberto, o trabalho será em comum e realizado no período diurno (Arts. 34, § 1º e 35, § 1º, do PLCód. Penal).

Obrigatório a todo condenado que cumpre pena privativa de liberdade (art. 30 do PLEx.Penal), mas que depende de consentimento expresso quando se tratar de trabalho a entidade privada, realizado externamente (art. 35, § 3º, do PLEx.Penal), na sua atribuição deverá-se considerar a habilitação, a condição pessoal e as necessidades do preso, bem assim as oportunidades de emprego oferecidas pelo mercado de trabalho (art. 31, do PLEx.Penal).

A jornada laborativa varia entre 6 e 8 horas, assegurado o descanso em domingos e feriados (art. 32, PLEx.Penal), ressalvado um horário especial para aqueles que trabalham em serviços de conservação e manutenção do estabelecimento prisional (Art. 32, § único, do PLEx.Penal).

A obrigatoriedade do trabalho no presídio decorre da falta do pressuposto de liberdade, pois, em caso contrário, poder-se-ia considerar a sua prestação como manifestação de um *trabalho livre*, que conduziria à sua inclusão no ordenamento jurídico trabalhista¹⁶. Os benefícios da Previdência Social, porém, estão assegurados (Art. 39, PLCód. Penal).

Como novidade maior, o Projeto de Lei de Execução Penal estabelece que o trabalho prisional pode ser gerenciado por fundação ou empresa pública, com autonomia administrativa, objetivando, sempre, a formação profissional do condenado. Em tal hipótese, essas instituições deverão promover e supervisionar a produção mediante métodos e critérios empresariais, e também encarregar-se da comercialização da produção e suportar todas as despesas, inclusive, é óbvio, com os salários (Art. 33, § único, do PLEx.Penal).

O produto do trabalho penitenciário poderá ser adquirido pelos órgãos da administração direta ou indireta, da União, Estados-membros, Distrito Federal, Territórios e Municípios, desde que se torne impossível a comercialização da produção com os particulares (Art. 34, PLEx.Penal).

Os autores dos dois projetos de reforma penal, cautelosamente, preferiram estabelecer que o preso não fica amparado pela legislação trabalhista e nem admitem a possibilidade da formação de sindicatos e de outros órgãos representativos da classe trabalhadora, como defendem penitenciariastas e criminólogos. Tendo em vista a nossa realidade sócio-econômica e política, no nosso entendimento, agiram incensuravelmente, e, de qualquer maneira, a legislação projetada revela um acentuadíssimo avanço.

O trabalho externo também é permitido, tanto no regime fechado como no semi-aberto. Na primeira hipótese, o trabalho será realizado em serviços ou obras públicas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (art. 34, § 3º, do PLCód.Penal). Para tanto, e também para não reduzir em demasia a oferta de trabalho, fixa-se o limite máximo do número de presos empregados na obra em dez por cento do total de trabalhadores (Art. 35, § 1º, do PLExPenal).

No regime semi-aberto, além do trabalho externo ser permitido sem restrições, será permitida a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, § 2º, do PLCód.Penal).

6. Dentro do sistema de penas, o ponto mais significativo, talvez, que traz a reforma projetada, é a adoção das penas restritivas de direitos. Estas, consoante, o artigo 43, do Projeto de Código Penal, classificam-se em: a) prestação de serviços à comunidade (inciso I); b) interdição temporária de direitos (inciso II), e, c) limitação de fim de semana (inciso III). A interdição temporária de direitos (art. 47), por sua vez, ostenta as seguintes hipóteses: a) "proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo"; b) "proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público", e, c) "suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo" (incisos I, II e III).

As interdições de direitos contidas nos incisos I e II, já são objeto de consideração do atual Código (art. 69, incisos II e IV). Neste, porém, são penas acessórias, e, como tal, fica a sua aplicação dependente das hipóteses previstas no parágrafo único desse artigo. O projeto eleva-as à categoria de pena principal, autônomas, aplicáveis em substituição às penas privativas de liberdade, quando estas não forem superior a um ano, desde primário seja o sentenciado. Para tanto, deve o juiz atender

à "culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos, e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente" (art. 44, inciso III, do PLCód.Penal)¹⁷.

Assim também ocorre com os delitos culposos, ainda quando a resposta penal ficar individualizada em um **quantum** igual ou superior a um ano. Em tal caso, poderá o juiz aplicar também uma pena de multa ou duas restritivas de direitos, desde que exeqüíveis a um só tempo ("simultaneamente", diz o projeto). Destarte, por exemplo, nos crimes culposos, poderá o juiz aplicar duas penas restritivas de direitos, tais como a suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo e a prestação de serviço comunitário, desde que a pena privativa de liberdade seja igual ou superior a um ano.

A prestação de serviços à comunidade é feita gratuitamente pelo condenado. Deverá ser cumprida junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneros, ou em programas comunitários ou estatais (art. 46, do PLCód. Penal), observadas as aptidões do condenado, por um período de oito horas semanais. Este trabalho deverá ser realizado aos sábados, domingos e feriados, permitido o seu cumprimento em dias úteis, desde que não venha prejudicar a jornada normal de trabalho do condenado.

O projeto parece permitir que esse período de oito horas de trabalho possa ser desdobrado, faculdade que se concede ao juiz, pois, a ele compete determinar "a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução". (art. 65, inciso V. "a", do PLEx.Penal).

A pena de limitação de fins de semana deve ser cumprida aos sábados e domingos, por cinco horas semanais, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado (art. 48 do PLCód. Penal), oportunidade em que poderão ser ministrados ao condenado, cursos e palestras ou lhe serem atribuídas tarefas educativas (art. 48, § único, do PLCód. Penal).

7. A preocupação com as penas privativas de liberdade de curta duração tem envolvido, já faz algum tempo, penalistas e criminólogos. Curta para atender à finalidade ressocializadora, ela é suficientemente longa para levar o criminoso primário, pelo contato pernicioso com outros delinqüentes, ao mau caminho. Arrancado de seu trabalho e do seio de sua família, do convívio saudável dos bons amigos e de prestativos cidadãos, rompe-se, talvez, o último freio inibitório que ainda permite o seu convívio na sociedade. Após o cumprimento de uma pena privativa de liberdade de curta duração, em presídio, exibirá ele o estigma de ex-presidiário que

dificultará o seu acesso a empregos. Muitas vezes, também perderá a esposa pelo caminho do divórcio, e, então, as suas chances de retorno à prisão estarão geometricamente aumentadas. Daí a advertir CLAUS ROXIN "não ser exagero dizer que a pena privativa de liberdade de curto prazo, em vez de prevenir novos delitos, os promove"¹⁸.

Exemplo vivo dessa afirmação, parece-nos, é o que ocorre na Suécia, onde a pena privativa de liberdade de curta duração é dotada com excesso, inclusive para abranger delitos como os de dirigir veículo motorizado em estado de embriaguez. Estatística de 1970, informa um elevado índice de reincidência em crimes de pequena gravidade: 47%. Se a esse percentual acrescentarmos as sentenças absolutórias e os fatos que não chegaram ao conhecimento das autoridades, a rescindiva assume proporções realmente alarmantes, máxime se atentarmos para a circunstância de que 37% dos novos condenados o foram por voltar a dirigir em estado de embriaguez¹⁹.

8. O trabalho que se executa enquanto outros, livres, descansam, dedicando à recreação, significa para o condenado um mal considerável. Com ele, a pena substitutiva não deixa de ser pena, pois atende aos reclamos ou exigências da retribuição, mas o faz sem degradas e sem corromper.

A cota de trabalho, porém, deve ser suficientemente gravosa ou penosa para o condenado, reduzindo consideravelmente o tempo livre de que dispõe habitualmente. O juiz, cautelosamente, deverá estabelecer, de acordo com os órgãos perante os quais a pena será executada, as tarefas que deverão ser atendidas. Não se pode transformar uma pena em *week-end*, mesmo que não apresente todas as características deste. Gratuito que é o trabalho, posto que é pena e não emprego, constitui ele um para o condenado.

A limitação do fim de semana, adotada pela Bélgica a partir de 1963, para as penas inferiores a um mês, exequível em períodos, ganhou maior projeção na doutrina após o Seminário de Klarskovgard (Dinamarca), realizado em 1977, cujos participantes aprovaram conclusão no sentido de se constituir ela um meio eficaz para determinada categoria de delinquentes e para delitos de escassa gravidade²⁰.

Essa espécie de pena, que na Espanha denomina-se *arresto de fim de semana*, neste país é cumprida aos sábados e domingos, durante um período de 36 horas, em isolamento celular, limitados de uma a vinte e quatro semanas só é aplicável em casos de condenação a prisão por até seis meses.

A respeito dessa pena, escreve RENÉ ARIEL DOTTI: "Apesar das manifestações de ceticismo que envolvem essa forma alternativa de reação penal (assim como ocorreu com a resistência à prisão-albergue), é indiscutível a sua importância. Parte-se da idéia elementar de que é preferível o sofrimento de uma pena curta de prisão — que não recomenda a substituição pela de multa — em regime desta natureza, em lugar da detenção contínua. A retribuição não desaparece e os objetivos de prevenção serão muito mais eficientes"²¹.

Agora, um rápido exame acerca da suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo motorizado. A suspensão da permissão para dirigir veículo a motor é um critério novo, destinado especialmente a uma espécie de delinqüentes: aqueles que se utilizam de maneira abusiva de veículos motorizados. Capaz de proporcionar à reprovabilidade pessoal e à natureza e graus do injusto, com estas características se apresentou no Projeto Alternativo Alemão de 1962. Contudo, como observa ENRIQUE CURY, "se os delitos de trânsito, bem como aqueles que se cometem pelo emprego abusivo de veículos motorizados, constituem um problema candente para o direito penal contemporâneo, não são o único, e, por isto, a suspensão da permissão para dirigir constitui só um ensaio parcial na exploração de soluções penais melhores"²².

9. Ainda quanto às penas adotadas pela reforma projetada, um derradeiro enfoque. O Projeto, quanto à sanção pecuniária, adota o **dia-multa**, sistema que muitos afirmam ter origem nórdica, quando ele possui suas raízes históricas no nosso Código Criminal imperial. Essa pena, que consiste no pagamento ao fundo penitenciário de quantia fixada na sentença, será no mínimo de 10 e no máximo de 360 dias-multa (Art. 49, do PLCód.Penal). O valor do dia-multa será fixado pelo juiz na sentença, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário (§ 1º). Seu valor será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (§ 2º), podendo a cobrança ser efetuada mediante desconto nos vencimentos ou salários do condenado, desde que não incida sobre recursos indispensáveis ao seu sustento ou de sua família (art. 50 e seus §§, do PLCód.Penal). Tal como acontece na legislação atual, é permitida a conversão da pena de multa em detenção, correspondendo a cada dia-multa, um dia de detenção, que não pode ultrapassar a um ano (art. 51, e § 1º).

Para nós, a adoção do dia-multa apresenta muitas vantagens sobre o sistema vigente, principalmente dentro do esquema de atualização preconizado. São notórias as desvantagens que cercam essa espécie de reação penal. Contudo, se bem administrada, poderá ela se constituir em va-

lioso recurso substitutivo da pena privativa de liberdade. Traz o projeto, ainda, a atualização automática dessa pena, pois que fica a sua execução vinculada aos índices de atualização monetária e a sua individualização ligada aos índices do salário mínimo. Não perderá a sanção pecuniária o seu já escasso valor retributivo de que fala WELZEL²³.

10. Dentro do plano que traçamos, resta-nos examinar apenas o que se deve entender com a expressão "**na medida da culpabilidade**", de que fala o Projeto de Código Penal. Essa expressão aparece no concurso de agentes (art. 29), na individualização da pena (Art. 59), na pena do crime continuado (Art. 70, § único) e em outros dispositivos.

É evidente que, tendo em vista o próprio sistema que orienta o Projeto, é de se afastar, de plano, qualquer referência à chamada **culpabilidade do agente** ou **culpabilidade de autor**, posto que flagrantemente inconstitucional, pois a Constituição reclama, quanto ao crime, a existência de lei anterior. A adoção, portanto, de uma culpabilidade de autor violaria o princípio de legalidade e tornaria reprováveis condutas anteriores ao delito, as quais encontravam-se, na época da ação, dentro do âmbito do permitido. Deve-se afastar, pois, a culpabilidade do agente como critério individualizador da pena, que redundaria, ademais incompreensível.

O próprio Presidente da Comissão Revisora, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO escreveu: "O direito penal moderno é, basicamente, um direito penal do fato. Está construído sobre o fato-do-agente e não sobre o agente-do-fato. Demonstra a veracidade dessa afirmação a estrutura da maioria dos tipos penais, que, segundo as exigências do princípio **nullum crimen, nulla poena sine lege**, descrevem um modelo de conduta proibida e não um tipo de autor"²⁴.

A culpabilidade adotada como critério individualizador da pena, conseqüentemente, só pode ser a **culpabilidade do ato** ou **culpabilidade do fato**, mesmo porque certas e determinadas exceções, como ocorre com a vadiagem, com o rufianismo etc., não invalidam a regra.

Dentro do critério da culpabilidade do ato, entram como objeto de verificação, a idade, o grau de instrução e de educação, os costumes, bem assim a vida pregressa do autor, que servirão de orientação para se concluir se o agente dispôs de uma maior ou de menor determinação. Conquanto se possa afirmar que tais caracteres ingressam no âmbito da personalidade e que a esta se refere expressamente o artigo 59, do Projeto, é de considerar que esses aspectos irão determinar o grau de reprovação a incidir sobre a conduta do agente. Como lembra ZAFFARONI, "no

reacciona igual el colérico que el flemático, el normalmente atolondrado que el generalmente analítico. La edad nos indicará el grado de madurez que podía haber alcanzado el sujeto, o bien el grado de asentamiento de ciertos caracteres de la personalidad o, también, el grado de decadencia mental y física del sujeto, todo lo que, de alguna manera, hará más fácil o más difícil la evitación de la conducta prohibida"²⁵.

Também os motivos e metas do agente, a sua atitude interna que o delito reflete, o grau de contrariedade ao dever, constituem circunstâncias que, ingressando como componente subjetivo da vontade do agente irão determinar uma agravação ou uma atenuação da pena, pela sua incidência na determinação do grau de reprovabilidade que cerca a conduta. Assim, de se considerar os **estímulos externos** (situação da penúria, de desemprego que não permite ao agente ganhar o seu próprio sustento ou de sua família, a paixão política, a coação a que podia resistir etc.), mas também os **motivos internos** (ódio, ânimo de lucro, emoção etc.). Em qualquer desses grupos, o mais importante é determinar-se o grau de força do motivo e constatar o seu valor ético. Como lembra JESCHECK, "existe uma diferença importante para o conteúdo da culpabilidade do delito entre a conduta do médico que ministra ao moribundo uma dose excessiva de morfina para livrá-lo de suas dores e a do herdeiro hipócrita que faz o mesmo para impedir que o enfermo modifique o seu testamento antes de morrer"²⁶.

Seria, ainda, de mencionar-se, como critério aferidor do grau de culpabilidade, os vínculos que se estabeleceram entre o sujeito ativo e o sujeito passivo do delito, de que se possa ou não, exigir daquele uma conduta conforme o direito; as razões de gratidão e de confiança, que também possam reclamar em grau maior ou menor, a conduta devida. Como diz ENGISCH, não é possível determinar-se uma pena sem recorrer-se a critério morais.

Também deverão ser considerados, na individualização da sanção penal, a persistência do agente no campo da criminalidade, a criminalidade habitual, a premeditação que se revela na cuidadosa preparação do delito, a brutalidade na produção das lesões, a desnecessária violência que faz incidir sobre a coisa que se antepõe à subtração.

Evidente que, se a circunstância se constituir em elementar do tipo ou encontrar-se estabelecida como causa especial de aumento ou de diminuição da pena, ou, ainda, formar no elenco das circunstâncias agravantes ou atenuantes, o grau de culpabilidade, quanto a esse critério, já foi objeto de valoração, devendo afastar-se o *bis in idem*.

Amplia, assim, o projeto, o *arbitrium iudicis*, possibilitando ao juiz, pelo contingente de penas alternativas colocadas à sua disposição e pela aferição do grau de culpabilidade, a aplicação de uma pena em sentido realmente ressocializador, que o Código vigente procurou adotar, mas que, preso às concepções da época, não logrou atingir.

O projeto reformista vê o homem tal qual ele é, dotado de virtudes e de defeitos tal qual o criou a natureza. **O homem é visto de pé no chão.**

Pelo menos na parte que examinamos, o projeto revela um elevadíssimo apuro técnico e satisfaz plenamente, afastando-se dos perigosos ensaios positivistas, já superados pela ciência do Direito Penal.

O mais importante, todavia, é que teremos no futuro um Código discutido e sancionado pelos órgãos constitucionais legítimos, competindo ao Congresso Nacional, expressão máxima da soberania popular, o aprimoramento dos projetos, dotando, assim, o nosso País de uma legislação penal digna de nossas tradições, que se apresentam desde o pioneirismo do Código Criminal de 1830, que influiu poderosamente não só na legislação penal latino-americana, mas também na da própria Europa, como tivemos a oportunidade de ressaltar²⁷.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES JUNIOR, Thomaz — Anotações ao Código Criminal, tomo I, F.L.Pinto & Cia., Rio, 1864.
- ARROJO, Manuel Lopez-Rey y — Criminología, Aguilar, Madrid, 1973.
- ARZAMENDI, J.L. de la Cuesta — El trabajo penitenciario resocializador (teoría y regulación positiva), Caja de Ahorros Provincial de Guipuzcoa, San Sebastián, 1982.
- BERISTAIN, Antonio, S.J. — Medidas Penales en Derecho Penal Contemporáneo (teoría, legislación positiva y regulación práctica), Reus, Madrid, 1974.
- CURY, Enrique — Contribuição ao estudo da pena, in Revista de Direito Penal, nºs 11/12, 1973.
- DOTTI, René Ariel — Bases e alternativas para o sistema de penas (tese de concurso), Curitiba, 1980.
- JESCHECK, Hans-Heinrich — Tratado de Derecho Penal, parte general, vol. segundo, tradução espanhola de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981.

- LANGKILDE, Jorgen — Alternatives to Incarceration, in International Summaries, vol. 2.
- LUNA, Everardo da Cunha — A prova no anteprojeto de Código de Processo Penal, in Revista Acadêmica, vol. XLVII, Recife, 1971.
- MAS, C. Belaustegui — Fundamentos del trabajo penitenciario, Madrid, 1952.
- MENDES, Néelson Pizzotti — Criminologia, LEUD, São Paulo, 1973.
- PIERANGELLI, José Henrique — O início da codificação penal ibero-americana (conferência), in Revista Justitia, São Paulo, vol. 109.
- PIMENTEL, MANOEL PEDRO — O crime e a pena na atualidade, R. T., São Paulo, 1983.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes — Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico (conferência) inédito.
- ROXIN, Claus — A culpabilidade como critério limitativo da pena, in Revista de Direito Penal, nºs 11/12, R.T., São Paulo, 1973.
- SEELIG, Ernst — Manual de Criminologia, tradução portuguesa de Guilherme de Oliveira, Arménio Amado, Coimbra, 1960.
- TOLEDO, Francisco de Assis — Aspectos da aplicação da pena no anteprojeto de reforma do Código Penal, Revista Ciência Penal, nº 1, 1981.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl — Manual de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 1977.
- WELZEL, Hans — Derecho Penal Aleman — tradução para o espanhol de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

NOTAS

- (1) Sérgio Marcos de Moraes Pitombo — Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico'' (conferência), inédito.
- (2) René Ariel Dotti — Bases e alternativas para o sistema de penas — Tese de concurso para Professor Titular de Direito Penal da Univ. Federal do Paraná, Curitiba, 1980, pág. 170.
- (3) Enrique Cury — Contribuição ao estudo da pena, in Rev. de Direito Penal, nºs 11/12, 1973, pág. 23.
- (4) René Ariel Dotti — ob. cit., pág. 168.

- (5) Antonio Beristain, S.J. — Medidas Penales en Derecho Penal Contemporaneo (teoría, legislación positiva y realización práctica). Reus, Madrid, 1974, in Nota Preliminar, pág. 19.
- (6) Everardo da Cunha Luna — A prova, no anteprojeto de Código de Processo Penal, in Revista Acadêmica, Recife, vol. LXVII, 1971, pág. 271.
- (7) Exposição de Motivos do Projeto de Lei de Execução Penal, item 31.
- (8) Ernst Seelig — Manual de Criminologia — tradução portuguesa de Guilherme de Oliveira, Arménio Amado, editor, Coimbra, 1960, pág. 156.
- (9) Nelson Pizzotti Mendes — Criminologia — LEUD, São Paulo, 1973, pág. 226.
- (10) Thomaz Alves Junior — Anotações ao Código Criminal, tomo I, F.L. Pinto & Cia, Rio, 1864, pág. 532.
- (11) C. Belaustegui Mas: Fundamentos del trabajo penitenciario, Madrid, 1952, pág. 96.
- (12) Nesse sentido, v.C. Belaustegui Mas, ob. cit, págs. 98 e seg.
- (13) J. L. de la Cuesta Arzamendi — El trabajo resocializador (teoría y regulación positiva), Caja de Ahorros Provincial de Guipuzcoa, S. Sebastián. 1982. pág. 86.
- (14) J.L. de la Cuesta Arzamendi — ob. cit., pág. 86.
- (15) Manoel Pedro Pimentel — O crime e a pena na atualidade, Editora R. T., São Paulo, 1983, págs. 150 e segs.
- (16) Nesse sentido, v. J.L. de la Cuesta Arzamendi — ob. cit. pág. 342.
- (17) A redação está conforme o original.
- (18) Claus Roxin — A culpabilidade como critério limitativo da pena, in Revista de Direito Penal, nºs 11/12, R. T. São Paulo, 1973, pág. 17.
- (19) Cfr. in Manuel Lopez — Rey y Arrojo — Criminología, Aguilar, Madrid, 1973, pág. 553.
- (20) Jorgen Langkilde — Alternatives to Incarceration, in International Summaries, vol. 2, págs, 183 e segs.
- (21) René Ariel Dotti — ob. cit., págs. 415/416.
- (22) Enrique Cury — artigo cit., pág. 31.
- (23) Hans Welzel — Derecho Penal Aleman — parte general, tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, pág. 343.
- (24) Francisco de Assis Toledo — Aspectos da aplicação da pena no anteprojeto de reforma do Código Penal — Rev. Ciência Penal, nº 1, 1981. págs. 20/21.
- (25) Eugenio Raúl Zaffaroni — Manual de Derecho Penal, parte general, Ediar, Buenos Aires, 1977, pág. 624.
- (26) Hans-Heinrich Jescheck — Tratado de Derecho Penal, parte general, vol. segundo, tradução espanhola de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 1209 (tradução da terceira edição de Lehrbuch des Strafrechts, Berlin, 1978).
- (27) O início da codificação penal ibero-americana, conferência que pronunciamos na sessão de abertura do "Encuentro de penalistas iberoamericanos", realizado em Valparaíso, Chile, de 3 a 5 de novembro de 1980, publicada na Revista Justitia, São Paulo, vol. 109, págs. 38/51.