

Individualização da pena, circunstâncias legais e determinação do grau de periculosidade

MIGUEL REALE JUNIOR

1 — Individualização da pena

Tanto os provimentos do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, como a Lei nº 6.016, de 1973, modificativa do Código Penal de 1969, e a Lei nº 6.416, de 1977, que alterou o Código de 1940 ainda vigente, alçaram a periculosidade a centro do sistema de penas, cujo grau sujeitará a esta ou àquela forma de execução da pena.

No Código de 1969, cuja vigência está adiada, o casamento entre a culpabilidade, como grau de censura, e a periculosidade, ficou facilitado pela adoção do sistema vicariante, compatibilizando-se melhor a compreensão da periculosidade como critério da forma da execução da pena, sem relação com a aplicação de medida de segurança.

No atual código, as recentes modificações estabelecem a incômoda convivência do sistema do duplo binário (no qual a periculosidade presumida ou real visa apenas à aplicação de medida de segurança), com a nova visão da periculosidade, entendida como critério para definir a que forma de pena deve ser submetido o condenado, sem qualquer vinculação com a medida de segurança.

Sente-se mais profundamente esta simbiose da culpabilidade com a periculosidade na tarefa de individualização da pena, cumprindo ao juiz fixar, de acordo com seu livre convencimento, tanto o justo grau de censura como o grau de periculosidade.

A operação de individualizar a pena exige duas perspectivas, e neste ponto residem de modo essencial as dificuldades e méritos da nova lei que alterou o nosso estatuto penal.

O Código Penal alemão, cuja lei de reforma passou a vigor em 1975, no Título Segundo da Terceira Seção (art. 46), adita que “a culpa do autor é a base fundamental dada a individualização da pena”. Ressalta,

outrossim, que também deverão levar-se em consideração os efeitos que é de se esperar da pena sobre a vida futura do autor em sociedade.

No art. 47, possibilita-se a aplicação excepcional de penas curtas quando circunstâncias do fato ou do autor tornem dispensável a imposição da pena seja para *influir sobre o autor* como para *defender o ordenamento jurídico*.

Como se vê, a lei alemã estabelece como critério orientador da individualização da pena, não só a culpa, mas a finalidade, também almejada, de prevenção especial.

A lei alemã não se refere a periculosidade, mas apenas determina que a fixação da pena deve ser feita segundo os efeitos que a sua execução causará sobre a vida futura do condenado em sociedade. E como única conseqüência específica, tendo em vista a finalidade de reintegração social, ressaltada no art. 46, a lei alemã permite a aplicação excepcional de penas curtas.

A Lei italiana nº 354, de 26 de julho de 1975, relativa a organização penitenciária e a medidas alternativas, estabelece que o condenado à pena de *detenção* poderá ser confiado ao serviço social fora do instituto penitenciário. (Vide o trabalho de GIUSEPPE DI GENNARO e outros — *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milão, 1976.)

Este benefício não será concedido (art. 47) caso seja o agente reincidente específico e nas hipóteses dos crimes de roubo, extorsão ou seqüestro, e desde que a análise da personalidade do condenado, pelo prazo mínimo de três meses no instituto penitenciário, indique que esta medida é suficiente para sua reeducação e para prevenir o perigo de que cometa novos delitos.

Criou-se, também, o regime de semiliberdade que, fora a hipótese das penas inferiores a seis meses (art. 50), só poderá ser aplicado desde que cumprida metade da pena. E estatuiu-se a possibilidade de desconto da pena se o condenado revelar ter sofrido, enquanto preso, um processo de reeducação, não possuindo periculosidade.

Trata-se, por conseguinte, nestas hipóteses, de individualização da execução da pena, a ser realizada após o encarceramento e cumprimento de parte da pena, período em que é o condenado submetido a exame de personalidade e examinada concretamente a sua reeducação.

No atual Direito brasileiro, o condenado cumprirá pena em regime fechado, semi-aberto ou aberto, independentemente da natureza do crime ou da sua primariedade, e segundo, tão-somente, a sua periculosidade e um amplo critério relativo ao *quantum* da pena aplicada.

Prevalece, no entanto, a periculosidade como critério determinador da forma de execução da pena, periculosidade esta que deverá ser deduzida pelo juiz *ao individualizar a pena*, de acordo com um juízo fundado em seu livre convencimento, norteadado pelas circunstâncias jurídicas e legais.

Desse modo, a individualização da pena, compreendendo tanto o grau de reprovabilidade do fato e do seu autor, como a periculosidade, é matéria que tem tratamento *sui generis* no Código Penal brasileiro.

2 — Circunstâncias legais e grau de periculosidade

É certo que as circunstâncias judiciais possuem amplo espectro, atuando como critérios válidos, seja para análise do grau de censura, seja como indicativos da periculosidade.

Cumprе indagar se esta dupla função das circunstâncias judiciais prevalece igualmente quanto às circunstâncias legais ou se, por serem previamente designadas como agravantes ou atenuantes, relacionam-se, tão-somente, com a justa retribuição a ser imposta.

Enquanto as circunstâncias judiciais são enunciados genéricos, as legais revestem-se de tipicidade, e constituem paradigmas de modalidades das condutas, construídos em função de valores.

Isto quer dizer que as circunstâncias legais constituem um preceito acessório de significado também imperativo. As circunstâncias agravantes dirigem aos destinatários um comando que se acresce à norma penal incriminadora, possuindo o seguinte sentido, por exemplo: não cometa um crime por motivo torpe, pois a pena será aplicada com uma agravação. As circunstâncias atenuantes têm um significado negativo: não cometa qualquer delito, mesmo que seja menor de 21 anos, mas, se o cometer, esta circunstância será levada em conta para atenuar a pena.

As circunstâncias agravantes, revestidas de tipicidade, tutelam valores, cuja positividade se impõe. Em um crime de lesão corporal praticado por motivo fútil, pune-se o desrespeito à integridade física, enquanto um valor consagrado pelo tipo penal constitutivo, e, ao mesmo tempo, pune-se o menosprezo ao equilíbrio que deve presidir as relações humanas, necessário à convivência social, tutelado pelas circunstâncias agravantes do motivo fútil.

Cumprе, por conseguinte, para se verificar a configuração de uma circunstância, realizar-se a análise da adequação típica da conduta, em sua particular modalidade, ao descrito no preceito acessório.

As circunstâncias agravantes não são apenas índices de maior culpabilidade a exigir censura mais grave do agente. Tanto o grau da culpabilidade como o grau de periculosidade devem, a meu ver, ser inferidos através das agravantes.

Para ANIBAL BRUNO “o que fundamenta as agravantes não é a perigosidade do agente, mas a sua acrescida culpabilidade. No sistema do nosso código, a perigosidade criminal, como já vimos, não penetra na graduação da pena, seu domínio é o das medidas de segurança”. (*Direito Penal*, T. II, pág. 157.)

Cumprе considerar, todavia, que já no Código de 1940, a periculosidade real do agente deveria ser reconhecida (art. 77) “se a sua perso-

nalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir”.

Decorre da simples análise deste texto, em confronto com o editado no art. 42, que as circunstâncias judiciais, e, por conseguinte, também as legais, que daquelas são especificações, devem ser enfocadas sob outro ângulo, com vistas a uma prognose de novas atitudes delituosas.

Desse modo, se para o legislador de 1940 o fundamento das agravantes é o grau de censura, por desrespeito a um valor, revelando-se maior a reprovabilidade do agente, nem por isso, deixou-se de considerar as mesmas circunstâncias como índices de possível verificação da periculosidade real, com a conseqüente aplicação de medida de segurança.

Mais precisa, no entanto, deve ser a conclusão diante da Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973, modificativa do Código Penal de 1969 e da lei de maio de 1977, que alterou o sistema de penas do Código de 1940.

A periculosidade real, em ambas as leis, foi desvinculada da aplicação de medida de segurança, dizendo respeito à individualização da pena, pois o grau de periculosidade define a forma de execução da pena.

Basta examinar algumas circunstâncias agravantes para surgir o convencimento de que, se sempre revelam uma maior reprovabilidade do agente, muitas vezes são índices de periculosidade, desde que se tenha uma perspectiva diversa:

a) o motivo fútil impõe, sem dúvida, que haja maior censura ao agente, mas, ao mesmo tempo, pode revelar maior periculosidade;

b) aproveitar-se da oportunidade de uma desgraça ou de calamidade pública é altamente reprovável, ao mesmo tempo que pode mostrar ser o agente um criminoso à espera de ocasiões que facilitem a sua ação, sendo possível prever-se novas atitudes delituosas;

c) ao submeter a vítima a tortura, demonstra-se uma insensibilidade digna de grave censura, assim como a má personalidade, sintomaticamente revelada, induz à previsão de que esta pessoa poderá vir a desrespeitar ampla gama de valores, dada a sua insensibilidade moral.

As atenuantes, por sua vez, se indicam uma menor reprovabilidade, nem por isso, são critérios através dos quais se deduz a um menor grau de periculosidade.

Basta exemplificar com a hipótese do crime cometido sob coação a que se podia resistir, fato que, se merece menor censura, pode mostrar, no entanto, ter o agente menor condição de enfrentar situações adversas, sendo de se prever de sua parte novas atitudes delituosas em ocasiões semelhantes. Revive-se assim a aporia que estigmatiza o moderno Direito Penal, qual seja, a uma menor culpabilidade pode corresponder uma maior periculosidade e vice-versa.