

DOCTRINA NACIONAL

A PENA-CRIME ARBITRÁRIA

AUGUSTO THOMPSON

Advogado criminal no Rio de Janeiro

1. A quem provocou lesão leve na vítima, impôs um digno julgador, no lugar de prisão, a obrigação de doar sangue por certo período. Porque o réu bateu na mulher, que não lhe fizera a comida a gosto, condenou-o outro íncito juiz, em substituição ao encarceramento, à pena de cozinhar o almoço para a cara-metade durante um mês. A um terceiro, que sujara propositalmente o apartamento subjacente ao seu (no emporcalhado, conspícua promotora morava), um outro eminente magistrado decretou, para do ergastulo livrar o condenado, a determinação de limpar por trinta dias as latrinas da penitenciária Lemos Brito. Tudo com base no CP, arts. 43 e 46, dispositivos trazidos pela Lei 7.209/84.

Fantasiando, ocorre-me que ao homem que danificar o tabuleiro e os quitutes da baiana da esquina, em acesso de ira por não lhe saber bem o acarajé servido, cabe aplicar, ao invés de detenção, a sanção de, vestido a caráter, com saia rodada, pano-da-costa e balangandãs, servir a freguesia da lesada uma hora por dia durante um mês (punição que oferece a vantagem de, em função do aumento garantido dos negócios decorrente do espetáculo extra, satisfazer a reparação do dano).

Estamos em terreno que requer, para gerar esplêndidos frutos, tão apenas o adubo fertilizante da inventiva judicante. Que, como se percebe, após algum tanto de tibieza, começa a voejar com crescente facúndia.

Retornamos à instituição da *pena crime arbitrária*. Vetusta. Vem do período medieval, quando a legislação foraleira autorizava os juízes a empregar a imaginação para escolher as formas pelas quais devia ser executada a pena de morte *cruel*, de sorte a que melhormente infundisse terror e intimidação (a constatação da riqueza das invenções de então causa pasmo). E viveu período de fastígio com as Ordenações Filipinas, vigentes à partir de 1603, código que colocava ao alvedrio do juiz, com respeito a muitas infrações, fixar o castigo conforme “lhe bem, e direito parecer, segundo a qualidade da malícia, e a prova, que dela houver” (Livro 5º, Título CXVIII, § 1º).

2. A leguleio de meu porte, refoge autoridade para discutir a conveniência e oportunidade dos dispositivos de lei ordinária que concedem aos juízes as prerrogativas de criar penas. Fico na verificação da legitimidade, ou legalidade, deles, tão apenas.

Dispõe a CF, art. 5º, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Na medida em que não existe norma sufragada em lei a cominar as penas de doar sangue, cozinhar almoço ou limpar latrinas, defeso é, parece-me, aplicá-las, posto que assim agindo estar-se-á rompendo comando da Lei Maior. Como contra-argumento, poder-se-ia alegar que é a própria lei que autoriza, na pena de prestação de serviços à comunidade, ao

juiz escolher as tarefas atribuíveis ao condenado, conforme suas aptidões. Ou seja, que tais tarefas ficam cometidas ao arbítrio do magistrado especificar — e, logo, ao fazê-lo, faz-lo em razão de uma determinação anterior da própria lei. Inexistiria, *ipso facto*, violação ao princípio do *nulla poena sine lege*. Semelhante postura, porém, mostra-se inaceitável à luz da melhor doutrina. Com efeito, ínsito ao princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, está a exigência de que a lei se socorra de estipulação precisa, determinada e definida, ao elencar as figuras criminais e as respectivas sanções, pois, de outro modo, se usar fórmulas vagas, cambiantes, abertas, em verdade estará entregando a identificação dos fatos puníveis e das espécies de punições correspondentes ao talante dos juizes, por via de escamoteação ridículamente hipócrita. Assim, ou a configuração da pena está tracada na lei criminal de maneira “cerrada em si mesma”, para empregar uma expressão de Sebastián Soler, ou terá de ser dada por irrita, já que desborda limitação agasalhada na Magna Carta.

3. Seria o caso, então, de considerar como inane, de forma absoluta, o preceptivo do art. 46, do CP?

Talvez se possa oferecer resposta negativa à indagação desde que classifiquemos aquele dispositivo como não

auto-aplicável (para empregar expressão ao gosto dos constitucionalistas), ou verdadeira *norma penal em branco* (para utilizar conceito familiar aos juristas); depende, para atuar, de norma completa, apta a lhe acougar o vazio de que é padecente. Vitalizaria-o a edição de lei (em sentido material) que nomeasse as entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, como suscetíveis de serem indicados pelo juiz para em um deles prestar o condenado serviços; e, sobretudo, que arrolasse quais as tarefas, certas e delimitadas, que ficavam à discrição do julgador usar em cada caso concreto, quando entendesse de aplicar o tipo de pena restritiva de direitos de que nos estamos ocupando.

Assí, evitada a testilha com a Constituição, conseguir-se-ia usufruir de todas as vantagens das penas substitutivas, inclusive possibilitando flexibilização bastante para se adequarem a variações de caráter local.

Enquanto ausentes as mencionadas normas complementares, o jeito é retornar ao antigo esquema da pena de prisão com *sursis*, porque, sem a incorporação de regras certas, em termos de definição, inaplicável é o art. 46, do Estatuto Penal, haja vista sua largueza conceitual entestar com a garantia do *nullum poena sine lege*.