

ESSÊNCIA E FORMAS DA PENA

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Professora de Direito Penal e de Direito Penitenciário
— Membro da Sociedade Internacional de Criminologia

Para a compreensão da essência da pena é, sem dúvida, mister uma regressão, senão à Filosofia Jurídica, pelo menos à Teoria Geral do Direito, uma vez que a pena não se reduz simplesmente a uma oportunidade de educação ou reeducação (ainda que com métodos especiais), tampouco se confundindo meramente com terapêutica (ainda que especificada por este ou aquele adjetivo), nem com simples medida de defesa social. A pena é expressão da sanção, que é a segunda parte da norma jurídica.

COMO se sabe, a norma jurídica tem duas partes: o preceito (primário ou propriamente dito) e a sanção (também denominada preceito secundário).

O preceito primário ou propriamente dito consiste num comando de fazer algo ou então de não fazer, seja quanto à organização social, seja quanto às pessoas, sua conduta e convivência (ou convívio).

O preceito secundário, que é a sanção, é a força coercitiva da norma jurídica. Em outros termos: a sanção é a ameaça legal de uma obrigação ou encargo (simples ou múltiplo) dirigida a qualquer destinatário da norma que não lhe cumpre o preceito primário; em concreto, a sanção é essa obrigação ou encargo a que o transgressor da norma (do seu preceito) é submetido, é forçado a se submeter.

Note-se que ainda não estou me referindo à norma jurídico-penal, mas à norma jurídica em geral. A sanção não é, pois, prerrogativa ou exclusividade da norma jurídico-penal. Aliás, cabe aqui lembrar que também nos contratos encontram-se "cláusulas penais", que são sanções para o caso do descumprimento, do inadimplemento, de uma ou mais das outras cláusulas contratuais.

O preceito da norma jurídica define o **dever-ser** jurídico, que deve ser cumprido, assim como a cláusula contratual define a obrigação, que deve ser adimplida, acarretando o não cumprimento, lá, como o não adimplemento, aqui, a imposição da sanção. Já por causa de sua imposição sem indagar da vontade (da conveniência, do agrado) daquele a quem é imposta, a sanção não é **gozada**, mas é **sofrida**. Mas ela também é sofrida porque não tem uma correspondente vantagem para aquele a quem é imposta.

Isso, porém, não autoriza a entender que a sanção haja de esgotar-se em si mesma, como um fenômeno estanque e, daí, estéril. Ao invés, justamente no fato de ser **sofrida** está o fulcro da fertilidade da sanção.

Vejamos:

O ideal seria que todos cumprissem o **dever-ser** sem necessidade de preceitos sancionatórios, isto é, espontaneamente, pura e simplesmente pelo respeito ao **dever-ser**.

Todavia, a própria liberdade humana impede que assim seja. Usando de sua liberdade — cuja amplitude, no caso concreto, é maior ou menor, conforme os condicionamentos próprios da natureza humana — cada pessoa cumpriria ou não, ou cumpriria "a seu modo", conforme a sua vontade (o seu agrado, o seu prazer, a sua conveniência) os diversos aspectos do **dever-ser**. Isso, porém, não seria conforme a Justiça, mas, ao contrário, seria injusto, a começar porque a diversidade de cumprimento ou descumprimento de um mesmo **dever-ser** implicaria a falta de equidade no convívio. Essa falta de equidade perturbaria o convívio e até o tornaria impossível. Em outros termos: se a Justiça não presidir o convívio humano, ele se tumultua e deteriora. Mas sem o convívio, ou tora dele, o homem não poderia sobreviver.

Desde que, pois, o **dever-ser** — nesta ou naquela de suas formas — deixa de ser cumprido ou é mal e deformadamente cumprido, torna-se necessário impor o seu exato cumprimento por meio de normas de Direito, as quais se caracterizam e identificam pela sua coercibilidade.

Dita coercibilidade é garantida pela sanção, isto é, o preceito sancionatório, segunda parte da norma.

Como, porém, se opera a coercibilidade? Como é ela garantida pela sanção?

Para obter essas respostas, comecemos por examinar a realidade humana.

Essa realidade nos ensina que o sofrimento repugna à natureza humana.

Ora, sofrimento não é só dor física: um desengano é sofrimento; uma frustração também o é. Um desagrado é sofrimento; uma contrariedade também o é. A ausência de prazer, em si e por si não é sofrimento, mas um estado de indiferença, um cinzento afetivo e sensitivo; essa ausência, quando, senão momentânea, pelo menos transitória, é até necessária para que, pelo contraste, o prazer possa ser percebido, sentido, gozado; ela é condição do equilíbrio afetivo e sensitivo, pois, conforme a lição de Mario Ponzio, o equilíbrio da personalidade não é estático, como o da balança em repouso, mas é instável, oscilante, como o da bússola (1); pela continuidade, porém, ela acaba sendo sofrimento. Finalmente, uma coerção, contrapondo-se, como se contrapõe, à liberdade e à vontade, é — e como não? — sofrimento.

Assim pois, quando alguém se opõe ao cumprimento de um **dever-ser**, seja racionalmente, porque não aceita como tal dito **dever-ser**, seja irracionalmente, porque o cumprimento dele lhe acarretaria qualquer forma de sofrimento, poderá cumpri-lo, ainda que não de boa mente (o que é juridicamente irrelevante, embora o seja moralmente), mas poderá cumpri-lo, por causa da sanção. Com efeito, a sanção cominada representa uma ameaça de sofrimento que deverá ser coercitivamente suportado se (antes disso) não tiver sido cumprido o **dever-ser**. O sofrimento anunciado pela sanção cominada, além de repugnar por si mesmo, repugna porque, ao ter de ser imposto, sê-lo-á não só sem a vontade de quem deverá suportá-lo, mas contra ela; essa contrariedade, como recém eu disse, constitui também um sofrimento.

A ameaça de sofrimento inibe de contrariar o preceito. Isso é o que tem sido denominado "caráter intimidativo" da sanção; de minha parte, entendo que não se trata de caráter, mas de uma função — uma das funções da sanção, conexas à função de defesa social.

(1) Mario Ponzio, "Disciplina de Psicologia Judiciária e Criminal", Università degli studi di Roma Aula do dia 16-2-54.

Essa ameaça legal, que é a sanção, só se realiza, contudo, desde que, por ter sido descumprido o preceito, venha a ser imposta, o que quer dizer que ela é **retributiva do descumprimento do preceito**. "Retributiva de" quer dizer "correspondente a"; quer dizer também "que se dá em compensação".

Prêmio é o que se dá em compensação ou recompensa por fatos de conduta ou realizações meritórias; o prêmio é correspondente a tais fatos ou realizações — é retributivo desses fatos ou realizações. O prêmio é **gozado** por aquele a quem é conferido; por isso, o prêmio pretende ser — e é — um incentivo, um estímulo, para a prática de semelhantes fatos e a dedicação a tais realizações.

Coerentemente, **sanção** é o que se dá em compensação por fatos de conduta censuráveis, contrapostos ao **dever-ser**; a sanção é correspondente a tais fatos — é **retributiva de tais fatos**. A sanção é **sofrida** por aquele a quem é imposta; por isso a sanção pretende ser — e é — um desestímulo para a prática de fatos de conduta semelhantes. Não é, porém, um desestímulo meramente irracional, de intimidação; é também racional, porque induz a perceber, a aceitar como tal o desacerto da opção feita pelo descumprimento do preceito, e a decidir-se em sentido contrário, quanto a novas opções, isto é, opções em favor do cumprimento do preceito (o que significa **emendar-se**).

Essa coerência consistente em retribuir um fato de conduta censurável, com uma sanção (sofrimento), assim como se retribui um fato meritório com um prêmio (gozo), é expressão de Justiça. Vale, aqui, citar Flóscolo da Nóbrega, quando diz: "A justiça é um valor, um critério de valorização com base no qual se aprovam ou condenam as ações humanas" (2).

A sanção que, conforme é exigido por essa coerência, retribui o descumprimento do preceito é a força que mantém o preceito, que lhe mantém a eficácia. Por isso mesmo, se for eliminado da sanção o seu caráter retributivo — que é de sua própria essência ético-jurídica — deixa ela de ser sanção, isto é, desaparece a segunda parte da norma jurídica, o que é o mesmo que dizer que desaparece a própria norma jurídica, uma vez que, sem a força coercitiva da sanção, o preceito morre, desaparecendo, assim, o mesmo Direito Penal.

De outro ponto de vista, mas concordantemente ao exposto, diz Paulo Dourado de Gusmão: "A **sanção**, que é, pois, o resultado prático da coação, acompanha qualquer norma jurídica, sendo o efeito jurídico que decorre da transgressão do dever legal, ou contratual. A sanção reduz-se, assim, à imposição de novas obrigações ao inadimplente, às quais ele não poderá furtar-se" (3).

(2) J. Flóscolo da Nóbrega, *Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro, Konfino, 1962, pág. 31.

(3) Paulo Dourado de Gusmão, *Introdução à Teoria do Direito*. Ed. refund. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1962, pág. 127.

Como eu disse retro, a pena é expressão da sanção, que é a segunda parte da norma jurídica. Ora, o sentido originário de **pena** é sofrimento. Aliás, ainda hoje o substantivo **pena** conserva o sentido de tristeza, dó, compaixão — que são formas de sofrimento; o adjetivo **penoso** significa difícil, doloroso. Tudo isso concorda com o que também disse eu retro, isto é, que a sanção é **sofrida** por aquele a quem é imposta.

A pena é expressão, pois, da sanção de **qualquer** norma jurídica, isto é, **de norma de qualquer ramo jurídico**. Não obstante, comumente se reserva o uso da palavra **pena** ao Direito Penal, o que, por certo, não é mera coincidência ou capricho do uso, dada a denominação desse ramo jurídico.

Para efeitos desta exposição, vamos fixar-nos na pena de Direito Penal, sem perder de vista, contudo, que a essência da pena expressão da sanção de qualquer norma jurídica, de qualquer ramo do Direito, que é ético-jurídica, se traduz em sofrimento, e que, se assim não se traduzisse, ela deixaria de ser pena para ser prêmio; prosseguindo: passando a ser prêmio, além da injustiça aí intrínseca, passaria, também, a estimular o descumprimento do preceito. Tratando-se de Direito Penal, esse descumprimento constitui crime (no sentido lato de infração penal), daí por que esvaziar a pena da sua essência ético-jurídica, traduzida em sofrimento, constitui fator criminógeno.

Podem variar, portanto, as formas da pena, como têm variado através dos tempos e dos povos, que ela permanecerá sempre pena, **desde que** se mantenha intacta a sua essência traduzida em sofrimento construtivo.

A História tem-nos ensinado que o Direito, à medida que foi evoluindo, foi se ramificando, à medida que foi se ramificando, foram se distinguindo as formas de pena próprias de cada ramo, embora alguma forma (como, por exemplo, a que hoje é pecuniária) continuasse inerente a mais de um ramo. Tem-nos ensinado também que as variações quanto à forma da pena se têm verificado não só de um ramo jurídico para outro, mas, também, no mesmo ramo têm havido formas diversas, sucessivas ou concomitantes. Realmente, não importa a forma, desde que se resguarde e permaneça a essência ético-jurídica traduzida em sofrimento, sem o que ela ficaria desnaturada e deixaria de ser pena.

Há, porém, uma grande dificuldade que a Humanidade não tem conseguido resolver: qual é a forma de pena capaz de produzir aquele exato sofrimento necessário e conveniente para retribuir o descumprimento do preceito (no caso, o crime, a infração penal), de sorte que a pena não se reduza a simples retribuição estanque e estéril, mas seja fértil, isto é, assegure aquela imprescindível coercibilidade que faz respeitar e obedecer o preceito primário da norma?

Essa dificuldade é grande e complexa, já porque não existe um acordo quanto àquilo em que deva consistir a fertilidade da pena. Ora, esse desacordo, por sua vez, dificilmente poderá ser resolvido.

Assim:

Segundo um ponto de vista, a fertilidade da pena estaria no escarmento "para os outros", na exemplaridade; isto é, todos aqueles que tomam conhecimento de ter alguém sofrido uma pena aprendem, pelo exemplo alheio, que o preceito a que semelhante pena se refere deve ser cumprido, observado, obedecido. E então se dispõem a cumprir, observar, obedecer ao preceito.

Era em razão desse ponto de vista (nem sempre expresso, pois que às vezes era assumido implicitamente) que a pena de morte era executada com tanta publicidade. Com efeito, essa forma de pena, cominada e aplicada tão prodigamente em certa época da História, prodigalidade essa que veio até tempos relativamente recentes, era executada ao modo de um grande espetáculo, capaz de atrair o maior número de pessoas. Esses espetáculos, porém, por motivos cuja análise não cabe no âmbito desta exposição, não trouxeram os resultados desejados e esperados; ao contrário, os resultados foram funestos, quer moral, quer juridicamente.

Ora, o modo como eram executadas as penas que correspondiam ao ponto de vista da exemplaridade "para os outros" banalizou-as. Isso ocorreu com a pena de morte, que era profusamente cominada, aplicada e executada, mas ocorreu — não podia deixar de ocorrer — com outras formas de pena que, não sendo fatais como a morte, eram, entretanto, cruéis, eram permanentes, indelévels, como as mutilações e marcas com ferro em brasa. Isto é, esse modo de executar as penas, com estardalhaço, constituindo espetáculos que se sucediam, teve como efeito de dupla face, ao modo de verso e reverso da mesma medalha, o corrompimento moral e jurídico das consciências, e a banalização das penas (entretanto tão cruéis e desalmadas).

A decepção com esse funesto efeito de duas faces sugeriu a adoção de alguma outra forma de pena. Passou-se, pois, a adotar, cá e lá, até se generalizar, a privação da liberdade — a prisão — como forma de pena, a exemplo do que ocorria na justiça eclesiástica, desde os primeiros tempos do cristianismo e, mais recentemente, exemplo já seguido, também, pelos cristãos separados.

Essa forma de pena, entretanto, deslocava o ponto de vista da visão da sua fertilidade.

Segundo esse ponto de vista, a fertilidade da pena estaria no escarmento para aquele mesmo que a sofre; isto é, sofrendo a pena, ele aprende, pela própria experiência, que o preceito legal deve ser cumprido, observado, obedecido. E então se dispõe a, daí por diante, cumpri-lo, observá-lo, obedecê-lo... Esse ponto de vista cristalizou-se, até, na sabedoria popular, conforme o brocardo que, atualmente em alemão, soa assim: "Wer nicht hören will, muss fühlen". Essa dinâmica, intimamente relacionada com a natural repugnância que o homem tem pelo sofrimento, não haveria de ser exclusivamente irracional, sem dúvida, mas haveria de estimular, no delinqüente, a compreensão de que não

devia ter praticado o fato porque era proibido pelo preceito legal, e a colaborar na decisão dele de optar por não tornar a praticar fatos assim proibidos.

É de notar que, desse modo encarada a pena, quanto à sua dinâmica, não excluía encará-la na sua exemplaridade para "os outros".

Aliás, quando prevalecia o ponto de vista a partir do qual se enxergava a fertilidade da pena na exemplaridade ou escarmento para "os outros", havia interferências, ainda que inadvertidas, do outro ponto de vista, donde se enxergava a fertilidade no escarmento para aquele mesmo que a sofre.

Com efeito, nenhum dos pontos de vista excluía as recíprocas interferências, como não excluía outras interferências de critérios ou idéias que vieram se desenvolvendo até constituírem outros tantos pontos de vista. O que ocorre é que, no concurso ou no conflito deles, prevalece um ou prevalece a síntese de dois ou mais deles.

Na forma de pena consistente em privação da liberdade — em prisão — pensou-se encontrar a solução do problema da pena; pensou-se que, retributiva do fato-crime, ela servia para prevenir a reincidência do autor desse fato, sem deixar de exercer exemplaridade para "os outros".

Um ponto certamente contribuiu para que se visse na privação da liberdade — na prisão — a solução definitiva do problema da forma da pena. Esse ponto era o seguinte: recolhido o condenado à prisão, não se oferecia o degradante espetáculo que a execução de outras formas de pena oferecia.

Entretanto, como tudo que é humano é falível, não demorou muito a desilusão daqueles que tinham tão simplista otimismo. Por motivos vários, a forma de pena consistente em privação da liberdade — em prisão — não produziu os resultados desejados e esperados.

Ao mesmo tempo, o progresso das Ciências Humanas e, particularmente, das Ciências Biológicas, levou a descobrir fatores capazes de influenciar a causalidade do agir humano. No entusiasmo da novidade, esqueceu-se que o agir humano não é mera sucessão de causas e efeitos, mas uma continuidade de opções de cumprimento ou descumprimento do **dever-ser**, e conscientemente voluntária persecução das finalidades correspondentes às opções, o que pode ser perturbado, sem dúvida, por anomalias ou por fatores patológicos, mas isso deverá ser constatado em cada caso concreto.

Esqueceu-se isso e se generalizou, isto é, se configurou como regra, aquilo que é exceção.

Dai, decorreu o seguinte: à luz dessa novidade, não se poderia mais falar em pena integrante da norma jurídica, pena retributiva do fato, operando a coercibilidade, mas em medida capaz de conter, neutralizar ou fazer cessar a periculosidade do autor do fato.

E como os resultados da pena privativa da liberdade — de prisão — não correspondessem ao desejado e esperado, afirmou-se, confundindo **essência da pena**, com **forma da pena**, que a pena (de essência ético-jurídica, traduzida no sofrimento retributivo) é que tinha falhado, sendo, então, preciso substituí-la por uma medida (de natureza científica), que foi denominada medida de segurança.

Depois de todas aquelas discussões envolvendo especialmente a Escola Clássica e a Escola Positiva, chegou-se a uma espécie de acordo. Conforme esse "acordo", permanecia a pena, para os delinquentes que estivessem na plenitude da sua consciência e autodeterminação, adotando-se a medida de segurança para os que estivessem privados da sua consciência ou da autodeterminação, acumulando-se na aplicação, para execução sucessiva, pena e medida de segurança, para os que tivessem perturbada, tão-somente, a sua consciência ou autodeterminação.

Como é sabido, os resultados desse "acordo" tampouco tem correspondido ao desejado e esperado, incidindo as maiores decepções na solução de aplicação cumulativa, com execução sucessiva, de pena e medida de segurança.

A pena privativa da liberdade — da prisão — continuou decepcionando, por motivos que, pelo menos em parte, são outros, são diversos daqueles de até o século passado. Continuou também, entretanto, a ser confundida a **pena** (isto é, a pena na sua essência), com a **forma** de pena (privativa da liberdade). Apesar de, ao lado dessa, existir outra forma de pena (principal), como é a pena pecuniária, que é a multa, quando se fala simplesmente em "pena", tem-se com freqüência em mente, tão-só e de modo específico, a pena privativa da liberdade — de prisão.

É de notar que isso ocorre não só de parte de pessoas leigas no assunto, mas também de estudiosos e até especialistas. Com efeito, fala-se em "substitutivo da pena", com referência a alguma forma de pena diversa da privativa de liberdade — de prisão.

E que dizer da denominada "suspensão condicional da pena"? Será que se trata mesmo de uma suspensão da pena ou será que, ao invés, se trata de substituição de uma forma de pena privativa da liberdade — de prisão — por outra forma de pena, **restritiva** de liberdade, uma vez que o condicionamento a que é submetido o "beneficiado" impõe-lhe a obrigação (singela ou múltipla) de fazer ou de deixar de fazer?

Como vimos na primeira parte desta exposição, a pena é expressão do preceito sancionatório, que é a sanção, de qualquer norma jurídica, embora comumente se reserve o uso da palavra **pena** ao Direito Penal. De todo modo, a pena expressa a sanção da norma jurídica penal. Vimos, mais, que a sanção de qualquer norma jurídica, portanto da penal também, é um encargo ou obrigação (singela ou múltipla, não importa) a que o transgressor da norma (do seu preceito) é submetido, é forçado a se submeter. Forçada que é, a submissão ao encargo, à obrigação, constitui sofrimento. A sanção é sofrida, daí "pena", cujo sentido ori-

ginário é "sofrimento". Vimos, ainda, que dito sofrimento traduz a essência ético-jurídica da pena retributiva da transgressão do preceito da norma, servindo, assim, à coercibilidade da mesma norma, isto é, assegurando a coercibilidade que caracteriza a norma jurídica e garante o respeito ao seu preceito. Garantir o respeito ao preceito significa prevenir transgressões. Portanto, a sanção, a pena, é retributiva da transgressão cometida, para prevenir novas transgressões de quem já tinha cometido alguma (isto é, para o fim de prevenção particular ou individual), e de parte dos "outros" (isto é, para o fim de prevenção geral).

Assim, pois, para que a pena em espécie não permaneça estéril sofrimento retributivo da transgressão cometida, é preciso que dito sofrimento seja de tal conteúdo, forma e intensidade que seja sentido e compreendido (ou compreendido e sentido) como justo; se for demasiado suave será insuficiente, mas se for demasiado severo será contraproducente.

Esse sentir e compreender como justo o sofrimento da pena em espécie é que torna dita pena fértil, induzindo o autor do crime, isto é, do fato típico, antijurídico e culpável, a reconhecer, admitir, que descumpriu o **dever-ser**, que fez o que não devia ter feito, sabendo ou podendo saber que não devia fazer, e podendo não ter feito e, daí, dispor-se a não tornar a descumprir o **dever-ser**, o que significa emendar-se.

Tendo presente que a pena em espécie, ou a forma da pena que se afigura (e assim é admitida) como justa na cominação, com a certeza de aplicação e execução (justa aplicação e justa execução) estimula o respeito, a obediência ao preceito da norma, de parte de todos os destinatários da mesma norma, o que significa que é fértil, servindo, pois, à coercibilidade — tendo isso presente, tenhamos também presente que é na aplicação e, principalmente, na execução que uma forma de pena mostra o que realmente ela é, só então podendo ela ser, com efeito, valorada, isto é, submetida a juízo de valor à luz da essência ético-jurídica da pena. Para isso, porém, seria preciso escoimá-la dos erros e distorções que tantas vezes a acompanham, na aplicação e, principalmente, na execução, erros esses e distorções que ficam sendo equivocadamente vistos como se fossem características não só daquela forma de pena, mas até da própria pena na sua essência. Mas para isso seria preciso, preliminarmente, que uma pesquisa desse a conhecer quais os erros e as distorções que podem ser corrigidos e, ademais, prevenidos, evitados, e quais, por serem inerentes à falibilidade e contingência humanas, poderão ocorrer, ainda que tomadas as precauções adequadas a preveni-los, evitá-los.

Um desses erros, concernente ao princípio da equidade, que é "a justiça de cada caso particular" (*), procurou-se corrigi-lo, preveni-lo, evitá-lo com o princípio da individualização.

(*) *Gustav Radbruch, Filosofia do Direito*. Trad. e pref. de L. Cabral de Moncada. 2a. ed., São Paulo, Saraiva, 1937, pág. 50.

Com efeito:

A pena em espécie, conforme a cominação, é literalmente igual para todos os fatos que, por se enquadrarem exatamente na descrição de algum tipo legal de crime (ou delito), constituem crimes em concreto.

Entretanto, cada crime em concreto só é igual a outro crime em concreto nos elementos constitutivos daquele tipo de crime, conforme a descrição legal. Cada crime, pois, é único, diferente de cada um e todos os demais, não só por causa das circunstâncias, mas também — e talvez principalmente — porque o crime, fato de conduta, ação humana que é, reflete, de vez que nele se projeta, sem prejuízo da liberdade interior, da liberdade moral, toda a personalidade do seu autor (aliás, conforme a concepção dinâmica da personalidade, dita liberdade a integral). Mario Ponzio, que já citei nesta exposição, dedicou especial atenção ao estudo das ações humanas como expressões da personalidade (não conforme a Psicologia do "Behaviorismo", mas no sentido da Filosofia da Ação, de Maurice Blondel), daí porque assegura, com autoridade, que "ogni singola azione é permeata dal tutto della personalità" (5).

Conforme a Justiça (genérica), é cominada uma pena para todos os fatos de conduta que se enquadrem na descrição do tipo legal do crime; conforme a equidade (justiça de cada caso particular), a pena cominada, ao ser aplicada, deve ser individualizada, isto é, adequada, ajustada ao criminoso com o seu crime. Em outros termos: ao criminoso, com sua personalidade projetada no seu crime. É bem verdade que, mesmo tomada a precaução de individualização da pena, não raro ocorrem erros e distorções, principalmente na execução da pena, que são devidos à falibilidade e à contingência humanas, às deficiências pessoais ou instrumentais; todavia, essa precaução, em si e por si, contribui para que a pena em espécie (cominada, aplicada, executada) seja sentida e compreendida como justa, o que quer dizer não permaneça estéril, mas sirva à coercibilidade.

Acontece, porém, que a forma de pena de privação da liberdade — de prisão — não está satisfazendo, continua não satisfazendo.

Quando foi adotada essa forma de pena foi porque se entendeu que as formas de pena então em voga não satisfaziam ético-juridicamente, mas muito ao contrário. Contudo, não se confundiu essência da pena com formas de pena.

Quando foi preconizada e adotada a medida de segurança, porém, ocorreu, como acabamos de ver, essa confusão, tanto assim que se confundiu a idéia de que, dado o malogro da pena privativa da liberdade

(5) Mario Ponzio, *Corso di Psicologia, secondo le lezioni del Prof. M. P.*, a cura del Prof. Leandro Canestrelli. Roma, La Goliardica, 1953, pág. 285.

— de prisão —, devia a pena desaparecer, em benefício, totalmente, da medida de segurança. Isso não se verificou, embora adotada a medida de segurança, porque houve aquele “acordo” a que me referi e que, nestes ou naqueles termos, é vastamente conhecido.

A medida de segurança, com a sua essência, diversa da da pena, porque é utilitária, veio resolver, sim, o problema dos autores de fatos típicos e talvez antijurídicos, porém, não culpáveis, em razão de, por grave deficiência ou por doença mental, não serem capazes de entender ou autodeterminar-se. Tais pessoas, embora tenham praticado um fato típico e antijurídico, não são delinqüentes propriamente ditos, pois, com efeito, praticando semelhante fato não cometeram delito (ou crime) por faltar aí um dos três elementos estruturais do delito, isto é, a culpabilidade; por isso, não lhes cabe pena.

O problema permaneceu para os casos de ter sido efetivamente cometido um delito, eis que presentes no fato os três elementos estruturais, isto é tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, quer houvesse de ser aplicada pena isoladamente, quer houvesse de sê-lo cumulativamente com medida de segurança (por diminuição da capacidade de entender e autodeterminar-se, ou por outro motivo legalmente previsto como indicador de periculosidade).

Conforme, porém, se pode notar, já há algum tempo, aquela confusão entre essência e forma da pena parece que está se diluindo.

Efetivamente:

Por um lado, nota-se a preocupação com o senso de responsabilidade do condenado, senso de responsabilidade esse que deve ser estimulado, o que, evidentemente, não se coaduna com a essência utilitária da medida de segurança, mas com a essência ético-jurídica da pena e sua principal e específica função ético-jurídica, portanto, que é a de emenda. Sem dúvida, não são esquecidas as funções acessórias ou coadjuvantes da mesma pena, naqueles casos em que forem necessárias para que a função específica se realize. Essas funções acessórias ou coadjuvantes são a educativa ou reeducativa (incluindo, quando for o caso, a formação ou treinamento profissional), a terapêutica, a de ajustamento ou reajustamento social (sem contar com a de defesa social, que se realiza implicitamente, à sombra dessas outras).

É de notar que às vezes se dá muita ênfase à função educativa ou reeducativa, com dois equívocos. Realmente, fala-se em “pena finalisticamente educativa”. Ora, a educação ou reeducação não é finalidade, mas função — função acessória, coadjuvante da função principal, específica, que é a emenda (como recém eu disse). Além disso, fala-se, ge-

neralizando, como se todos os condenados precisassem de ser educados ou reeducados, o que não é verdade, razão por que jamais foi demonstrado. Entretanto, é digno de nota que, não raro, se fala em "educação" (ou "reeducação"), mas o que se descreve é emenda. Quanto às "Regras Mínimas para o tratamento dos presos", da ONU, nos itens que definem o "tratamento", não empregam a palavra "educação" (ou "reeducação") nem a palavra "emenda", mas o que está descrito no item 65 é emenda. Vejamos:

"O tratamento dos condenados a pena privativa da liberdade deve visar a, tanto quanto a duração da pena o permita, suscitar neles a vontade e as aptidões que, uma vez recuperada a liberdade, hão de permitir-lhes viver respeitando a lei e, bem assim, prover às próprias necessidades. Esse tratamento deve ser de tal natureza que estimule neles o respeito por si próprios, e desenvolva o seu senso de responsabilidade."

Com essa preocupação, isto é, de dinamizar a pena, de sorte que a sua função específica, ético-jurídica, de emenda, seja exercida e, sempre que para isso for necessário e conforme for necessário, se operem também as funções acessórias, coadjuvantes, utilitárias — com essa preocupação, é dispensável a medida de segurança cumulativa.

Aparece, assim, nítida a distinção entre pena e medida de segurança.

Isto é, de um lado, a pena, de essência ético-jurídica, retributiva da ação humana que constitui fato típico, antijurídico e culpável — crime; de outro lado, a medida de segurança, de essência utilitária, relacionada com a periculosidade, modo de ser da personalidade revelado na prática de um fato típico, antijurídico, embora, porém não culpável, por incapacidade de entendimento ou de autodeterminação.

É a culpabilidade, que não é mero fenômeno psicológico, mas uma realidade axiológica — ético-jurídica — que, pois, presente lá e ausente aqui, impõe a distinção entre pena e medida de segurança.

Restaurada, assim, a noção de pena, pena de essência ético-jurídica, retributiva, não estéril, mas fértil, porque bem funcionante, com a finalidade ético-jurídica de "fazer justiça", e a finalidade utilitária de "prevenção do delito" (que se desdobra em "prevenção particular ou individual" e "prevenção geral"), assegura-se a coercibilidade da norma jurídica penal.

Ao mesmo tempo, pensa-se em outras formas de pena, além da privativa da liberdade — de prisão. Pensa-se em formas de pena res-

tritivas, tão-somente, de liberdade, por meio de normas de conduta ou obrigações, encargos a cumprir, situação análoga à do condenado em suspensão condicional da pena (isto é, suspensão condicional de execução da pena privativa da liberdade), ou à do liberado condicional. Pensa-se em formas de pena configuradas por intermitentes privações da liberdade, como, por exemplo, na experiência que, em um ou outro país, já tem sido feita, da denominada "prisão de fim de semana", pois o condenado passa em liberdade, exercendo as suas atividades usuais, de segunda a sexta-feira, devendo permanecer sábado e domingo recolhido ao estabelecimento penal; não se exclui que essa forma possa ser combinada com restrição de liberdade, o que ocorrerá se, durante a semana, estando fora do estabelecimento penal — da prisão — o condenado esteja submetido a normas de conduta, a obrigações, encargos. Pensa-se em adotar como penas principais certas formas já adotadas como penas acessórias, isto é, interdição de certos direitos ou suspensão do exercício de certos direitos. Pensa-se em dar ênfase à pena pecuniária.

É bem de ver que nenhuma forma de pena poderá ser aplicada, se não estiver previamente cominada, pois contraria o princípio "**nulla poena sine lege**", que, na legislação brasileira, está inscrito no art. 1.º do Código Penal.

A critério do legislador, poderão ser cominadas penas dessas diversas formas. Isto é, conforme a natureza do crime e a sua gravidade objetiva, poderá ser cominada esta ou aquela forma de pena, isoladamente, cumulativamente ou alternativamente com outra — tudo como o legislador entender mais adequado.

Essa possível cominação de formas diversas de penas, conforme a diversidade da natureza e gravidade objetiva dos crimes, lembra, **mutatis mutandis**, o princípio da individualização.

Dir-se-á que atualmente já são cominadas duas formas diversas de penas, isto é, privativas da liberdade e pecuniárias, ora isoladamente, ora cumulativamente, ora alternativamente, e que, além disso, há modalidades diversas da forma de penas privativas da liberdade, isto é, reclusão e detenção para os crimes, e prisão simples para as contravenções. Contudo, é preciso admitir que é muito pequena a margem de variação, além da predominância, com quase exclusividade, da pena privativa da liberdade. Além disso, ainda, existe uma idéia, que está tendo certa aceitação, de reduzir as penas privativas da liberdade a uma só modalidade, porque, argumenta-se, praticamente tem sido tão difícil, senão impossível, diferenciá-las. Segundo essa idéia, parece que não con-

tam as diferenças quanto às conseqüências jurídicas atribuídas a cada uma das diversas modalidades.

Pode-se, contudo, prever que estamos nos encaminhando para vir a ter formas diversas de pena principal, que podem ser assim agrupadas: privativas da liberdade, em prisão; restritivas de liberdade, com ou sem recolhimento a prisão; interditivas de direitos ou suspensivas do exercício de direitos; pecuniárias.

Penas pertencentes a cada um desses grupos podem ser cominadas autonomamente, mas podem se integrar num regimen de execução, de modo semelhante ao que já ocorre, por exemplo, com a restrição de liberdade do livramento condicional, que constitui a última fase ou etapa, ou o último estágio do regimen progressivo de execução das penas inicialmente privativas da liberdade; ou como, noutro exemplo, a restrição de liberdade em prisão aberta, que pode ser utilizada como pena de curta duração cominada para delitos leves, alternativamente com pena privativa da liberdade (possibilitando, assim, melhor individualização já na aplicação) ou, diversamente, como fase do regimen progressivo de execução das penas inicialmente privativas da liberdade.

Cada um dos previsíveis grupos de formas de pena pode abranger modalidades diversas, variações da mesma forma; podem ser feitas combinações de formas e de modalidades, constituindo regimens; outras variações podem provir do modo de efetuar o controle do cumprimento das normas de conduta, obrigações ou encargos próprios das modalidades de penas restritivas de liberdade, isto é, como fazer o controle (ou a observação, ou a supervisão) e qual o órgão que para isso há de ser competente.

Não se exclui que, conforme o grau de desenvolvimento dos povos, sua mentalidade, seu regimen político, e a escala de valores que, como reflexo disso tudo, o Código Penal proteja, possam ser cominadas outras formas de pena, além dessas, da hipótese de agrupamento que acabo de formular.

Para finalizar:

Aquilo a que estamos assistindo é um aparente paradoxo. Isto é: enquanto a privação da liberdade — em prisão — era a forma de pena senão exclusiva, prevalente, soberana, confundia-se essência e forma da pena, e se declarava malogro da pena na sua essência, aquilo que era conseqüência de erro, desacerto ou distorção concernentes à forma de pena; depois, quando outras formas de pena começaram a ser adotadas, começou-se a perceber a identidade essencial da pena permanecendo através das mutações formais.