

O NÓVO CÓDIGO PENAL

E A EXECUÇÃO DA PENA

NERVAL CARDOSO

*Superintendente do Sistema
Penitenciário da Guanabara*

Coube ao Superintendente do Sistema Penal, neste simpósio, emitir sua opinião sobre o tema apresentado, que levará em seu lastro a vivência do exercício da função.

O simpósio, por suas próprias características, é um conclave de troca de idéias entre eruditos ou especialistas, não tendo por fim votar conclusões, moções ou aprovar teses.

Antes de expressar-me sobre o novo regime penal que se avizinha, e, que já parece trazer a mensagem de um novo tempo para o sistema penitenciário, devo dizer que a pena no Direito Moderno alargou-se no seu fim e no seu conceito. É um meio imprescindível para a manutenção de uma comunidade social-humana. É o meio instituído pelo Estado, pelo qual promove a defesa social contra a agressão a bens jurídicos fundamentais (definido na lei como crime) promovendo o ajustamento social do criminoso por meios adequados.

É em volta dêsse problema da recuperação social do delinqüente que hoje se concentram os objetivos concretos da profilaxia do crime.

Permitam-me, os senhores, que lhes fale e dê exemplos tirados da experiência do meu próprio trabalho. Aquêlê que relata os sofrimentos da própria detenção, descreve, lógicamente, tudo que viu no ambiente da penitenciária, de um ponto de vista subjetivo. Disso resulta que a execução da pena ora é apresentada como atrasada ou superada, ora como liberal demais.

O problema da execução da pena deve ser estudado, calmamente, com isenção e dentro do cultivo do Direito.

A execução da pena é função administrativa e não será demais falar da sua importância; isto, porque, durante o período em que sofre a privação da sua liberdade, o condenado é submetido ao regime que a lei prescreve, estando sujeito às práticas encaminhadas à sua recuperação social. É no tratamento penitenciário que se pode realizar a verdadeira individualização da pena, adotando os processos que a moderna penologia preconiza. Vamos partir do conceito de que a privação da liberdade é um meio punitivo legal, para o qual ainda não foi achado substituto adequado, nem na teoria, nem na prática. Devemos fixar na mente: nenhum resultado negativo ou positivo da execução da privação da liberdade pode e deve ser atribuído exclusivamente a êste meio punitivo.

Cabe-nos indicar o caminho para harmonizar a situação tensa, dificilmente solúvel, entre pena legal e tratamento penitenciário, por um lado, e do outro, a meta da supressão da futura reincidência.

Despiciendo seria, aqui, discorrer sôbre a aplicação da pena nas escolas penais, uma vez que o tema proposto demandará todo o tempo disponível.

1. Ao falarmos sôbre o tema "O Nôvo Código Penal e a Execução da Pena", cabe ressaltar, desde logo, a nova orientação dada à pena, com a adoção dos critérios modernos para sua aplicação, evitando-se distorções da jurisprudência, possibilitando a realização de uma justiça material, afastando-se, inteiramente, o caráter retributivo das penas privativas da liberdade e estabelecendo sua finalidade educativa e ressocializadora. A pena passa a ter função finalística educativa, preparando o apenado para o retôrno à vida em sociedade.

O crime passa a ter, pelo nôvo código, uma interpretação como fato social, e, daí, as inovações de proteção e educação ao criminoso. A execução da pena há de ser um ato de esperança, um abraço de luz sôbre um destino fraterno. Não há mais a quem acusar e condenar, e

sim a quem defender e guiar. A título de ilustração do que acabamos de falar há a acrescentar que o código anterior nada previa a tal respeito, o que constituía, sem dúvida, uma lacuna em nosso sistema, estando implícita na redação do Novo Código Penal, a recuperação social do delinqüente, sem nenhum prejuízo da eficiência na repressão.

Demonstrando, assim, a sintonia com os modernos princípios da penologia, que abrange estudos filosóficos, históricos, científicos e jurídicos, cabendo ressaltar nestes últimos os elementos substantivo e adjetivo das penas ou sanções, bem como dos patronatos incumbidos de velar pela readaptação dos egressos.

O sistema penal da Guanabara já se orienta segundo tal inspiração. Permitam-me mencionar a grandeza do trabalho da nossa Divisão Educacional (ex-Instituto Educacional Moniz Sodrê), cujas principais atribuições consistem em prever, organizar e dirigir todo o ensino nas unidades penais da SUSIPE, abrangendo tanto os internos como os funcionários.

Esta divisão mantém atualmente curso primário, em tôda as unidades da SUSIPE, inclusive na Ilha Grande, cursos profissionais e livres, mantendo convênio com o programa intensivo de preparação de mão-de-obra industrial. Temos nessa unidade um total de aproximadamente dois mil alunos matriculados, sendo o índice de aprovação de cem por cento, enquanto que fora do nosso sistema o índice de aproveitamento atinge somente setenta por cento.

* * *

No § 2º art. 37 do Novo Código Penal, está consubstanciada a finalidade educativa do trabalho, retirando-lhe aquêle cunho expiatório. Providência das mais justas e de acôrdo com os modernos preceitos de humanização e labor carcerário, principalmente, levando-se em conta que, no momento da vida nacional que atravessamos, não se pode desperdiçar trabalho, e para o qual tôda a força humana deve transformar-se em força produtiva. Esse trabalho, iniciado no momento da detenção, prolonga-se por todo o período de cumprimento da pena, de tal forma que, quando esgotada, o apenado já se encontra em condições de plena readaptação social, não oferecendo mais perigo de reincidência no crime. A prática da laborterapia aplicada constitui-se em instrumento para infundir no delinqüente a consciência de sua finalidade e do seu valor, transformando-o em homem socialmente válido.

Auxilia a sua adaptação no seio da família, dando-lhe novas condições de integração social.

Alberto Krebs, destacado mestre de criminologia diz textualmente que: "São bases desta educação: a disciplina, o trabalho, o ensino, a

ginástica e a ocupação inteligente e adequada das horas de folga. A capacidade profissional do sentenciado deve ser estimulada e devem ser instaladas oficinas para o ensino profissional."

A nova orientação dada à pena substitutiva (art. 38 do Novo Código) é medida das mais acertadas como solução aos inconvenientes mais graves do sistema das penas privativas de liberdade, porque permite ao preso primário, de bons antecedentes, a suspensão condicional da pena. Impede-se, dêse modo, que em nome de um formalismo haja a segregação de elementos destituídos de periculosidade. Ora, no Direito Penal Pátrio existe um ponto tranqüilo em matéria de execução penal: é o da necessidade de se evitar a promiscuidade. O que é principal e indeclinável é a necessidade de distribuir os prisioneiros de modo a apartar os melhores dos piores, notadamente os mais novos e, portanto, mais suscetíveis de reeducação ou de corrupção, dos inveterados do crime ou com acentuada tendência para este e, por isso, os mais incorrigíveis e corruptores.

É muito acertado que se procure esmaecer esta linha demarcatória entre detenção e reclusão. Porque não há meios de efetivá-la nem razões para mantê-la. Pelo Código anterior a consequência penitenciária mais importante era a concessão ao detento da faculdade de escolha do trabalho (art. 31). Este Código eliminou, sábiamente, tal distinção.

Muitos cidadãos oporão restrições a isso. Não se estará indo longe de mais? Não devem os grandes criminosos — no futuro — ser punidos mais severamente que os pequenos e médios infratores da lei? Também não deve, nos tempos vindouros, ser mantida uma nítida distinção das espécies de pena?

A abolição da pena de reclusão não implicará em restringir o teor ilícito dos graves fatos delituosos? Não será de temer o aumento do número de crimes graves, quando se abolir a pena de reclusão?

Entrementes, deve-se aprofundar melhor neste problema, para se obter a devida solução. Primeiramente, deve ser assentada a idéia da finalidade dessa pena editada pelo Estado: pretender, simplesmente, efeito intimidativo com ela, é coisa illusória. Em segundo lugar, incide-se em erro elementar quando se supõe que a pena deva ser uma expiação ou retribuição do ilícito praticado.

Qual deve ser, pois, a feição de um Direito Penal finalístico, em nossos dias? Por um lado, êle deve, logicamente, conservar o valor da sentença de que "o crime não compensa". O Direito Penal deve proteger a sociedade contra as agressões ao convívio pacífico e ordeiro de seus membros.

Quando se pretende manter sèriamente essa proteçãõ, não se deve excluir o entendimento de que o melhor expediente para isso há de ser a reintegração do delinqüente na mesma sociedade que êle agrediu. Êste processo leva à meta objetivada, de maneira mais segura e econômica, portanto, do modo mais racional.

Porisso, ao enfatizar a defesa social, o Direito Penal não deve ter em vista, ùnicamente, a punição do criminoso: é mister que êle considere a necessidade de evitar que êste se torne reincidente. Isto só tem realmente sentido no caso dos delinqüentes capazes de serem regenerados. Em relação aos incorrigíveis e aos criminosos por inclinação que revelem periculosidade, devemos proteger-nos de outra maneira. A possibilidade de suspender-se a execução da pena, para pôr à prova a conduta do condenado, já existe no Direito atual, deve ser consideravelmente ampliada. Até agora essa suspensão da execução da pena só podia ser deferida nas condenações da privação da liberdade por período não superior a dois anos.

Acertada a extinção da Colônia Penal (art. 30, § 2º, do Código anterior), dos institutos de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional e das colônias agrícolas (art. 38, § 1º, III, do Código anterior) e principalmente da casa de custódia e tratamento (art. 88, § 1º, do Código anterior).

Aplausos incondicionais à criação do estabelecimento penal aberto criado pelos artigos 39 e 40 do Nôvo Código Penal, principalmente, com a nova redação do § 2º do art. 40 (Nôvo Código). Completa de forma precisa esta inovação, a adoção do regime de semiliberdade e confiança, bem como o § 1º prevê a transferência para estabelecimento penal aberto como fase de execução.

Já em 13 de agosto de 1948, foi incluído o estudo sôbre os estabelecimentos penais abertos, perante a Comissão de Assuntos Sociais, no programa de trabalho das Nações Unidas, em matéria de defesa social, em face da prática colhida já em outros países.

O congresso celebrado pela Comissão Internacional e Penitenciária em Haia (1950) definiu "o Estabelecimento Penal aberto como um estabelecimento penitenciário no qual as medidas preventivas contra a evasão não consistem em obstáculos materiais, tais como, muros, fechaduras, grades ou guardas". A base do regime consiste em inculcar aos prisioneiros o sentimento de responsabilidade pessoal.

Disciplina o Nôvo Código que deve situar-se o estabelecimento penal aberto no centro urbano, em local apropriado, pois oferece as comodi-

dades pessoais e contatos com os organismos de caráter educativo e social, convenientes para a reeducação do recluso.

Assim, o trabalho dos internos dêsse estabelecimento que, via de regra, é realizado em fábricas, oficinas ou escritórios de economia livre, não é sentido pelo prêso como favor ou facilidade, mas, muitas vêzes, como carga adicional extraordinária, porque êle tem que mostrar firmeza de caráter e não deve succumbir à tentação de fugir, o que é impossível sem correr risco. Temos na América, a saída para o trabalho — o *work release*. Hoje já encontramos apologistas dos estabelecimentos penais do tipo de prisão aberta — o *open door system* dos americanos, que teve início na Suíça. No Brasil, temos um embrião dêsse tipo de estabelecimento, em São José do Rio Prêto. Também em Barreiros e Neves (Minas Gerais) encontramos estabelecimentos penais em regime de semi-liberdade.

A prisão fechada é um desafio, é um repto ao prêso. A coisa quanto mais difícil, mais proibida e perigosa de ser alcançada, mais desejada. Dêste modo, até sob o aspecto psicológico é desejável a prisão aberta. A prisão aberta se apresenta como um regime racional. Ao invés de preparar, como rígida disciplina, para a vida carcerária, como faz a prisão tradicional, suprimindo ao encarcerado o espírito de iniciativa e a de si mesmo em face do mundo objetivo, mediante um sistema de escravidão, ela cuida ainda de prepará-lo para a vida livre, para o convívio social.

Elimina o paradoxo da prisão fechada, que, pretendendo ensinar o prisioneiro a ser capaz de liberdade, submete-o a um sistema cativo que o incompatibiliza para a liberdade. Evita que o encarcerado perca inteiramente o contato com o mundo exterior, sendo permitido até mesmo saídas aos domingos e feriados, e, àqueles de ótima conduta, a excluir qualquer suspeita de fuga, são conferíveis licenças de breve prazo, desde que justificadas. Em alguns países, o regime de lealdade e confiança vai ao extremo de admitir que certos internados prestem serviço a particulares ou empresas privadas, fora do estabelecimento, ao qual terão que voltar à noite.

O Código de Execuções Penais foi uma medida das mais acertadas e necessárias para regular a matéria contida no art. 32 do Código anterior, que foi excluída, no presente.

Este Código tem como ponto capital os títulos: o tratamento penal e, das prerrogativas, deveres, direitos e regalias do sentenciado onde prevalece o sentimento de não se permitir a conversão do sentenciado em renegado. A dignidade humana é respeitada com o acato que o direito impõe.

Antes dêsse, outros projetos já foram elaborados, devendo falar sobre o projeto de 1933, de autoria de Cândido Mendes, Lemos Brito e Heitor Carrilho. Também o anteprojeto do Código Penitenciário do Prof. Oscar Stevenson, em 1957, e, ainda o anteprojeto do Código de Execuções Penais do Prof. Roberto Lyra, no qual se encontrava consubstanciado o entendimento de que o crime e a pena, e a execução desta, não se podem separar do delinqüente.

Segundo o art. 64 do Nôvo Código Penal adota-se o critério da pena indeterminada para os criminosos habituais e por tendência, estando expressa a obrigação de motivar a pena imposta, em sua medida. Isto permite tratamento penal mais compatível com a periculosidade revelada, pois transfere a individualização para o momento posterior à sentença, quando, rigorosamente, se terá aferido o grau de culpabilidade do agente e o exato momento da retribuição e da reparação, inclusive a recuperação social do delinqüente.

O legislador, nesta matéria, houve por bem dar incremento ao prudente arbítrio do Juiz, na pressuposição justificada de que seu contato com o delinqüente o autoriza a uma fixação criteriosa da pena.

Dêsse modo, o Juiz terá, obrigatoriamente, de possuir uma especialização penal e criminológica. A pena indeterminada a ser aplicada agora no Brasil, para os criminosos habituais ou por tendência, começou em 1876, nos Estados Unidos, com Brockkway, no famoso Reformatório de Elmira. A sua aplicação, também, já é empregada na Europa.

A pena indeterminada terá, conseqüentemente, seus antagonistas. Todavia, o Nôvo Código Penal tem por escôpo fundamental da pena a ressocialização e educação do apenado. É um código de defesa social.

A pena deverá ater-se ao diagnóstico e ao prognóstico; não apenas o crime praticado em sua etiologia e natureza, senão, também, e principalmente, as condições psicofísicas de cada condenado, seus antecedentes criminais, seu *curriculum vitae*, sua maior ou menor periculosidade ou anti-sociabilidade, sua maior ou menor degradação moral, sua difícil recuperabilidade, suas reações à disciplina e no tratamento com seus semelhantes.

O art. 48 do Nôvo Código Penal prevê a prestação do trabalho livre para pagamento da multa. Magnífica inovação, o trabalho externo é poderoso veículo de ressocialização, impondo aos criminosos uma ambiência sadia. Não será demais nos reportarmos à importância dessa medida, da qual só advirá benefício em prol do condenado, trazendo o estímulo necessário à sua autorecuperação.

Cabe aqui um parêntese para abordarmos o tema das penas curtas de prisão. Nessas, não é possível exercer sobre o delinqüente nenhuma ação contínua e duradoura capaz de modificar a sua personalidade, corrigindo deformação criminológica que nêle se manifestou. Essas penas são muito aplicadas, porque correspondem a crimes menos graves, que são os mais freqüentemente praticados. Foi sugerida a substituição da prisão pela multa, sendo de todo aconselhável a supressão da pena pequena, pelos motivos acima expostos. A conversão da pena curta em multa preserva a posição social do sentenciado e não o prejudica no desempenho de sua atividade profissional, ao revés do que ocorre com a privação da liberdade, mesmo por tempo limitado. Por fim, a multa não priva o condenado, nem sua família, de fonte de receita de seu trabalho. Há, ainda, a acrescentar que o matrimônio e a família se acham colocados sob especial proteção do Estado. Os membros da família, que nada têm a ver com o delito, devem ser poupados das suas repercussões. Em outra hipótese, para não onerar os rendimentos do condenado a pena multa poderia ser paga aos sábados, domingos e feriados.

O dia-multa deve ser encarado apenas como uma forma legal encontrada para manutenção atualizada da pena pecuniária. Essa é uma solução para o descompasso entre o aviltamento da moeda e o antigo esquema frio da quantia em dinheiro. O que sobreleva notar neste particular, no entanto, são as formas da satisfação dessa prestação pecuniária.

A nova disciplina do livramento condicional está estabelecida no art. 75, eliminando o erro anterior, que não permitia tal medida para os sentenciados à pena inferior a quatro anos.

O pedido de livramento condicional será dirigido à autoridade judiciária que o concederá ouvido o Ministério Público e cumpridas as exigências da lei, tanto para o criminoso habitual ou por tendência.

O art. 79 do Novo Código Penal inova, estabelecendo a observação cautelar e proteção do liberado, ao invés da "vigilância" estatuida pelo Código anterior, art. 63.

Introduz, ainda, a competência do serviço social penitenciário para tal função, ao contrário do Código anterior que atribuía este mister à autoridade policial.

Cabe, aqui, realçar o trabalho da casa do egresso e a magnífica orientação do artigo, transformando o egresso de "vigiado" em "protegido". A casa do egresso destina-se a dar assistência moral e material aos egressos dos estabelecimentos penitenciários, providenciando a documentação que os habilite a obter colocação profissional bem como a pesquisa do mercado de trabalho.

Para que se tenha uma pálida idéia do que seja essa assistência a egressos, temos, matriculados, um total de dois mil, cento e vinte e oito, que, no ato da matrícula, quando chegados dos estabelecimentos penitenciários, também recebem, desde logo, um tratamento de ressocialização, sendo encaminhados a diferentes empregos, conforme a aptidão profissional de cada egresso. Nestes empregos, permanecem durante um estágio probatório, até sua final fixação no trabalho escolhido. As empregadoras têm total conhecimento da situação do egresso e, colaboram conosco um total de quinhentas emprêsas.

Já colocados definitivamente estão setecentos egressos, e, em experiência nas emprêsas, quase duzentos, havendo um número de cinqüenta egressos que preferiram retornar ao seu Estado natal, para o convívio no seio da sua família. Resta dizermos dos duzentos e cinqüenta que recebem, em diversos hospitais da comunidade, tratamento de saúde, por doenças várias, e, daqueles que, por sua idade, já não podem, ou, melhor falando, não estão em condições de prestar serviços pesados, encontrando-se internados na própria casa do egresso, hoje Instituto de Ressocialização Magarino Tôrres, prestando serviços de acôrdo com a sua capacidade.

É de grande necessidade a criação de um centro de orientação, para os condenados, que antes de noventa dias para sua liberação, a fim de protegê-los, dá-lhes condições para retôrno à sociedade. Esses centros não constituem prisão. Devem ser casas grandes no centro da cidade. Não devem exceder de vinte e cinco pessoas, os seus ocupantes. Aquêles que vão para essas casas de orientação da comunidade realizam relatórios próprios e são entrevistados por agências de emprêgos que os assistirão na obtenção do trabalho.

Ressaltamos o acêrto do art. 33 do Nôvo Código Penal, que estabelece a responsabilidade para o maior de dezesseis anos, desde que revele desenvolvimento psíquico. Demonstra a prática que muitos dêstes se tornam reincidentes pela ausência de um tratamento assistencial. Temos recolhidos nos estabelecimentos penais a partir do ano de 1964 até agora, um total de 191 menores, em idade que varia de quatorze aos vinte anos.

Vários códigos atuais fixam êsse limite em quatorze anos, como é o caso do Haiti. Deveu-se essa orientação que fixa o limite da responsabilidade criminal dos jovens de dezesseis anos, ao que existe no código da Iugoslávia.

Esta responsabilidade deverá ser declarada pelo Juiz de Menores, se a lei processual não dispuser diversamente. Há, por outro lado, a necessidade de submeter os menores e, inclusive jovens delinqüentes a

tratamento especial, devendo os menores de 21 anos cumprir pena separadamente dos condenados adultos.

Portanto, mantém o Código o limite de imputabilidade nos 18 anos, embora timidamente estenda a imputabilidade até os 16, se, como acima já foi enunciado, o agente revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta. Países como a Índia, Paquistão, El Salvador, Guatemala, Honduras, Líbano e Iraque fixam em quinze anos o limite para aplicação da pena. A Birmânia, o Ceilão, Bélgica e Israel, e outros, fixam em dezesseis anos.

A Austria, Polônia, Reino-Unido da Grã-Bretanha, Bolívia e Costa Rica, fixam em dezessete anos. Nos Estados Unidos cada unidade da federação tem sua legislação própria. Os limites são fixados acima de dezesseis anos, sendo que a pena perpétua e de morte existe para os menores de dezesseis anos, em Carolina do Sul, Colorado, Delaware, etc . . .

A aplicação da pena exige hoje que o juiz deva ter em atenção só os aspectos criminológicos do delinqüente. Reconheceu-se que a questão da causalidade passa hoje a plano nitidamente secundário na economia do delito, pois só aparece nos crimes materiais ou de resultado, apresentando dificuldades em número extremamente limitado de casos.

Importante é o que aparece com referência aos crimes comissivos por omissão. Não se encontram especificados na lei vigente, nem nos códigos de sua época, os pressupostos de conduta típica, dessa categoria de delitos, defeito que as legislações modernas vêm corrigindo. A ilicitude aqui surge porque o agente não impediu o resultado, violando o seu dever de garantidor. É indispensável fixar na lei as fontes de tal dever de atuar.

Na punição da tentativa, manteve-se o critério de redução da pena. Assim, foram introduzidas no Novo Código numerosas modificações, fruto de cuidadosa análise da matéria, revelando sua técnica apurada o elevado desenvolvimento da ciência do Direito Penal entre nós.

Procurou-se aperfeiçoar nossa lei penal, com a correção de reconhecidos defeitos e a introdução de contribuições novas, fruto de desenvolvimento notável da ciência penal do nosso tempo que ajustou a nossa legislação penal às exigências fundamentais de um direito penal da culpa, que visa a extinguir toda forma de responsabilidade objetiva, proporcionando, por outro lado, soluções eficientes para a repressão da criminalidade.

Com a adoção de novos critérios para aplicação das penas, como se viu do exposto, possibilita-se a realização de uma justiça material, bem como, o mais importante para nós, a recuperação social do delinqüente.