

REFLEXÕES SOBRE A PENA E SEU CUMPRIMENTO EM FACE DO NOVO CÓDIGO PENAL

Licínio Barbosa

Professor de Direito Penal
das Universidades Federal e Católica de Goiás

SUMÁRIO

I – Introdução.

II – Teorias:

1. Absoluta,
2. Relativa,
3. Mista.

III – Teleologia:

1. Vingança,
2. Retribuição,
3. Repressão,
4. Prevenção,
5. Terapia,
6. Reeducação,
7. Ressocialização.

IV – Caracteres:

1. Certeza,
2. Legalidade,
3. Personalidade,
4. Proporcionalidade,
5. Isonomia,
6. Inderrogabilidade,
7. Moralidade,
8. Humanidade.

V – Da pena no Código a vigor:

1. Reclusão,
2. Detenção,
3. Multa (principais),
4. Perda de função pública,
5. Inabilitação para o exercício de função pública, e para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela,
6. Suspensão de direitos políticos,
7. Publicação da sentença (accessória).

VI – Perspectivas:

1. Modelagem,
2. Cirurgia neurocerebral,
3. Marca-passo cerebral.

VII – Conclusão.

I — Introdução:

Dentre os temas que assoberbam o Direito Penal, a problemática da pena é, sem dúvida, a de maior atualidade. Tanto que, conseqüência do crime, a pena, mesmo não lhe integrando a estrutura, de tal forma extrapolou de suas dimensões originárias que, hoje, particulariza e distingue um dos ramos mais importantes da ciência jurídica — o Direito Penal. E se nos dermos à tarefa de levantarmos, no tempo e no espaço, a evolução da ciência penal, veremos que seu evoluir se confunde com o conceito de pena, fixado através das eras. E não é de estranhar que tal ocorra, porquanto, se a eficácia das leis tem como pressuposto o poder coercitivo do Estado, na aplicação da lei penal, mais que em qualquer das leis, essa coerção se evidencia de maneira mais nítida e veemente. Eis porque se escolheu, como objeto desta exposição, a **pena**, no especial aspecto de seu **cumprimento**. Antes de abordar esse aspecto do tema, convém aflorar-lhe as **teorias**, **teleologia**, **caracteres**, **espécies** em que se divide e as **perspectivas** abertas à solução do problema.

II — Teorias:

Os pensadores que, a partir do século XVIII, filosofaram sobre a pena, consideraram-na um mal, justificável como antídoto de um outro mal, talvez maior, o crime: **malum propter malum**. Para estes — Kant, Hegel e Binding à frente — a pena é a **retribuição**, em dose matematicamente exata, da infração. Assim, deve variar, na qualidade e na quantidade, consoante a gravidade do comportamento sancionado. A sanção, outra razão de ser, não teria que reprimir: **punitur cuius peccatum est**. Era a teoria **absoluta**, no seu fastígio.

Ao lado destes, outros pensadores se manifestaram sobre a matéria, discordando do enfoque dado ao problema. A pena deveria visar à **prevenção** do comportamento proibido. A punição teria sentido, se perseguisse a não-reincidência, pelos sentenciados; e a não-delinquência, pelos primários. Era a teoria **relativa** que retrucava, pela voz de Feuerbach, Bentham e Romagnosi, dentre outros: **punitur ut ne peccetur**. Da concepção puramente **retributivista**, passou-se à sua visão do prisma **utilitário**.

Mais tarde, surgiu a necessidade de harmonizar os contrastes de ambas as posições antitéticas, da qual brotaria a teoria **mista**, propugnada por Pelegrino

Rossi, Guizot e Cousin, para quem a pena deve objetivar, simultaneamente, **retribuir e prevenir a infração: punitur cuius peccatum ut ne peccetur** (1).

III – Teleologia

Inatacável essa posição doutrinária de cunho eminentemente conciliatório. E as implicações das teorias **mistas** da pena foram tantas que, hoje, se pode falar, sem receio de heresia, num elenco de metas que integram a **teleologia** penal. Existem os que proclamam – estes em franca minoria – ser a pena substitutivo da **vingança**, punindo o Estado para evitar que o ofendido, ou alguém, em seu lugar, revide, na órbita privada, a agressão dirigida ao bem jurídico tutelado. Falou-se na **retribuição** e se fala na **repressão**, em que aquela se exacerba. A **prevenção** – genérica ou específica – nem sempre se exerce, eficazmente, pela ameaça contida, **abstratamente**, na cominação legal, ou mesmo pela sua **concretização**, na fase executória. O **delinqüente** é, não raro, um **doente**, às vezes física, outras psiquicamente. A pena teria, para esses, uma função e uma finalidade **terapêutica**, removendo a causa para coibir os efeitos. Doutra parte, o **infrator penal** é **alguém** portador de uma formação defeituosa, mormente quando se trata do **ocasional** – respondendo inadequadamente aos desafios do viver comunitário. Necessário, aí, inserir, através da pena, freios inibitórios, no sujeito ativo da infração para que, de futuro, exerça, sobre si, maior controle, e responda aos apelos da vida de acordo com os padrões éticos aceitos pela maioria dos indivíduos, padrões esses cristalizados na lei penal. Eis a **reeducação** como finalidade superior da pena, porque modela, do velho, um novo homem. Só por seu intermédio, o delinqüente retornará, um dia, devidamente preparado para os embates da vida, à sociedade que o fustigou com a sanção, em decorrência da infração. A **ressocialização** do sentenciado, reintegrado no concerto social – eis a finalidade máxima da pena, buscada pelo Direito Penal moderno.

IV – Caracteres

Para tanto, imprescindível revista, à pena, determinadas **características**. A primeira é a **certeza** que o delinqüente deve ter de que, se infringiu a norma de comportamento defeso, será punido. Bem assim, a de que o Estado não lhe aplicará, indiscriminadamente, qualquer **sanção**. Por isso, a cada **infração** corresponde uma **sanção**, qualitativa e quantitativamente preestabelecida. Sob esse aspecto, o criminoso tem direito a que se lhe aplique uma pena e não outra. É pela característica da **certeza** que o Estado se autolimita, não podendo aplicar outra senão a pena que escolheu para punir determinada conduta típica. Da **certeza**, decorre a **legalidade**, ou vice-versa, pois inexiste pena sem lei anterior que a defina: **nulla poena sine praevia lege**. E se esta é uma conquista da maior importância, consagrada no princípio de **reserva legal**, outra não menor é a da **personalidade**.

(1) Magalhães Noronha, in "Dir. Penal", I, Saraiva, SP, 1972, págs. 28 a 30; e Basileu Garcia, in "Instituições de Dir. Penal", I, Max Limonad, SP, 4ª ed., pág. 75.

dade, pela qual a pena não pode ultrapassar a pessoa do sentenciado, conquista que, ao lado da **isonomia penal**, é um direito da pessoa humana erguido à condição de garantia constitucional. A característica da **proporcionalidade** é uma decorrência da retributividade, de que fala Bettiol, dentre outros eminentes penalistas. Apesar do **indulto**, da **graça**, da **anistia**, do **perdão do ofendido** e do **perdão judicial**, a pena não perde seu caráter de **inderrogabilidade**, pois aqueles são favores que a própria lei oferece ao acusado, ou mesmo ao sentenciado, em circunstâncias especiais, como medidas de **política criminal**. Mas, qualquer que seja a pena, há de, ela, adequar-se aos bons costumes, o que lhe dá um cunho de **moralidade**. Inconcebível, de conseqüência, no presente estágio da civilização, a pena de empalamento. E em nenhum momento se pode olvidar que o sentenciado é um homem, parte decaída da sociedade, que por índole, hábitos adquiridos, ou ímpeto insofreado se atirou no abismo da delinqüência. A pena não pode perder o caráter de humanidade. (2)

V — Da pena do Código Penal a vigor

Que penas previu o novo Código Penal? As mesmas do Código vigente:

- a) reclusão;
- b) detenção (privativas da liberdade);
- c) multa (pecuniária), como **principais**;
- d) perda de função pública;
- e) **inabilitação para o exercício de função pública, e para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela**:
 - f) suspensão de direitos políticos; e
 - g) publicação da sentença (penas **accessórias**).

Se não inovou quanto às espécies, fê-lo, porém, quanto a sua **fixação e cumprimento**, com respeito às penas privativas da liberdade. É, no que tange à pena pecuniária, passou de um **mínimo e máximo fixos**, ao **dia-multa**, que Soler já recomendava como a mais adequada à realidade moderna. Não se inseriu, pois, entre as penas principais, as interdições de direitos — reinvidicação de ponderável setor da opinião especializada, em nosso País. (3) No que tange à **fixação da pena** (art. 52), destacou-se, do criminoso, "sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento", dentre as demais circunstâncias previstas no art. 42 do Código Penal vigente. E já no art. 37, informa, sob a rubrica **fim da pena**, que a reclusão e a detenção "devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social".

Para chegar-se a esse desiderato, "as penas privativas da liberdade serão cumpridas (I) em estabelecimento penal fechado (a) (II), em estabelecimento penal aberto" (art. 38), no primeiro devendo ser recolhidos" (a) os condenados por tempo igual ou superior a seis anos de reclusão ou oito anos de detenção; (b) os

(2) Magalhães Noronha, *ibidem*, págs. 213 a 215.

(3) Revista "Ciência Penal", n° 1, pág. 151.

condenados por tempo inferior a esses limites, que sejam de acentuada periculosidade" (§ 1º do art. 38).

Cumprirão pena privativa da liberdade em estabelecimento penal aberto "os condenados por tempo inferior a seis anos de reclusão ou oito anos de detenção, que sejam de escassa ou nenhuma periculosidade" (§ 3º do art. 38), devendo ser transferidos "para estabelecimento penal fechado", em caso de fuga.

A introdução do estabelecimento aberto, em nossa realidade penitenciária, leva a indagar: em que consiste esse estabelecimento?

Alípio Silveira, que tratou, com segurança e profundidade, a matéria, não-lo ensina:

"O notável penitenciarista Lionel Fox assim se exprime a respeito, em excelente trabalho, que sintetiza sua grande experiência na matéria (...), é um sistema no qual se exige aos prisioneiros que se submetam à disciplina da prisão, sem vigilância rigorosa e constante, e que se funda sobre o desenvolvimento do sentimento de responsabilidade pessoal." (§ 2º da Resolução de Haia, de 1950.) (4)

Já o saudoso Teodolindo Castiglione, em obra que marcou época nas letras jurídicas de nosso País, assim entende: "De acordo com a resolução apresentada ao XII Congresso Penal e Penitenciário de Haia, realizado em agosto de 1950, estabelecimento aberto designa um estabelecimento penitenciário, no qual as medidas preventivas contra a evasão não são constituídas por obstáculos, tais como muros, fechaduras, grades ou guardas suplementares". E prossegue: "O Seminário Latino-Americano sobre a prevenção do delito e tratamento do delinqüente, organizado pelas Nações Unidas com a cooperação do Governo do Brasil, tratou, no Rio de Janeiro, em abril de 1953, de estabelecimentos abertos, seguindo, em linhas gerais, a orientação de Haia. Apresentaram-se teses, houve debates e chegou-se a uma conclusão. O texto aprovado em 14 de abril de 1953 é este: "Los establecimientos penitenciarios abiertos se caracterizan por un régimen de auto disciplina, por el sentido de responsabilidad del propio recluso respecto al grupo en que vive y por la ausencia de precauciones físicas contra la evasión, tales como guardia armada, muros, rejas, cerraduras, etc. régimen que alienta al recluso a hacer uso de la libertad que se la concede sin abusar de la misma." (5)

O novo Código Penal o prevê (§ 3º do art. 38), "instalado, de preferência, nas cercanias de centro urbano", dele sendo próprio o "regime de semiliberdade".

Um requisito da maior importância é exigido, como ficou explícito, para a concessão do benefício: que o sentenciado seja de "escassa ou nenhuma periculosidade".

Ao tratar do problema, o Código Penal de 1940 divide a periculosidade em **reconhecida e presumida**. Há periculosidade **reconhecida**, se "a personalidade e

(4) In "Os Institutos Penais e o Juízo das Execuções", Ed. Sugestões Literárias, 1965, pág. 132.

(5) In "Estabelecimentos Penais Abertos e outros trabalhos", Saraiva, SP, 1959, pág. 28 e nota de rodapé nº 66.

antecedentes" do indivíduo, "bem como os motivos e circunstâncias do crime, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinqüir" (art. 77). **Presume-se** periculosidade:

- a) face aos inimputáveis, absoluta ou relativamente, segundo o art. 22, **caput**, e seu **parágrafo único** do Código Penal vigente;
- b) quando se tratar de reincidente em crime doloso;
- c) no caso de "condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez", e "por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfetores" (art. 78).

O novo Código fundiu essas hipóteses no § 1º do art. 52, distribuindo a **periculosidade** entre **acentuada** e **escassa**.

Acentuada, "quando:

- a) o exame dos elementos e circunstâncias referidos neste artigo indicar que o agente tem inclinação para o crime;
- b) tratar-se de criminoso habitual (art. 64, § 2º); ou
- c) tratar-se de criminoso por tendência (art. 64, § 3º)" (art. 52, § 1º, I).

Escassa, a periculosidade,

"quando o exame dos elementos e circunstâncias referidos neste artigo evidenciar a probabilidade de rápida regeneração do agente, desde que submetido a medida reeducativa" (art. 52, § 1º, II).

Os **elementos e circunstâncias** a que se referem estes dispositivos são:

- a) "gravidade do crime";
- b) "personalidade do réu";
- c) "intensidade do dolo";
- d) "grau da culpa";
- e) "maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano";
- f) "meios empregados";
- g) "modo de execução";
- h) "motivos determinantes";
- i) "circunstâncias de tempo e lugar";
- j) "antecedentes do réu"; e
- l) "sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime" (**caput** do art. 52).

Quando se está diante da **periculosidade presumida**, não há dificuldade para identificá-la: basta verificar se ocorrem as hipóteses normativas. O mesmo, porém, não se dá quando se trata de **reconhecer a periculosidade**, devendo-se, para tanto, recorrer à **perícia**. Todavia, esse exame é falível. Nem sempre se pode dizer, com segurança, se existe ou não periculosidade em determinado indivíduo. Por mais acurado que seja o exame médico-legal, por mais completa a perícia realizada por

psicólogo, o juízo de probabilidade ou não de o acusado ou sentenciado vir ou voltar a delinquir, afigura-se fluido e pouco consistente. Paulo José da Costa Júnior sentiu, nitidamente, a magnitude da questão, enfrentando-a na comunicação ao Simpósio de Direito Penal, de Bressanone, Itália, em 1961, ao concluir: "o conceito de periculosidade social, sobre o qual se baseia a medida de segurança, é fundado num cálculo probabilístico, de natureza criminológica ou estritamente normativa; isso se choca com o princípio de certeza do direito. (6) Porquanto a alma humana é, sempre, um mistério, apresentando, como a lua, duas faces bem distintas, das quais uma é permanentemente oculta e projetada na mais espessa escuridão.

Ao lado do estabelecimento **aberto**, o novo Código previu o cumprimento das penas privativas da liberdade em **prisão-albergue**, "quando o condenado for primário e de nenhuma ou escassa periculosidade", (I) "desde o início da execução, se a pena não for superior a três anos; (II) após completado um terço da execução, se excedido esse limite e ouvido o Conselho Penitenciário" (art. 40).

A **prisão-albergue** já havia sido introduzida no sistema penitenciário de nosso País, através de provimentos do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, entre os quais merece destaque o Provimento XVI, de 7 de outubro de 1965, que dispôs sobre "prévia triagem" a que estariam sujeitos os sentenciados a serem enviados aos Institutos Penais Agrícolas. (7)

O que fez o novo estatuto penal foi transferir, para o texto das normas, regras administrativas fixadas pelo Poder Judiciário do Estado bandeirante sobre execução penal. Esse tipo de **prisão**, consagrado na experiência alienígena e, como exposto, entre nós também, vem sendo conceituado como um estabelecimento, no qual "o condenado trabalha em emprego livre e pernoita na prisão". (8)

O novo Código previu, para a **prisão-albergue**, o regime no qual "o condenado poderá exercer, fora do estabelecimento penal e sem vigilância, atividade profissional e frequentar instituição de ensino, sujeito às condições especificadas na sentença de concessão do regime" (art. 40, § 1º). E "se o condenado fugir" — como igualmente pode verificar-se no estabelecimento **aberto** — "será transferido para estabelecimento penal fechado, não se lhe concedendo mais a **prisão-albergue**" (art. 40, § 2º).

Tanto na **prisão-albergue** quanto no estabelecimento **aberto**, o sistema de vigilância exógena — ostensiva, armada ou não — é substituído pela vigilância interior. Aqui, é o próprio sentenciado que se autopolicia, perseguindo as metas que se propôs para a reconquista da liberdade perdida.

Aí, novo obstáculo.

É de imaginar-se toda a sorte de tentações de que pode ser presa fácil o condenado à perda ou restrição da liberdade, ao defrontar-se com a possibilidade imediata de readquiri-la, embora por meios obíquos.

(6) In "Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal" n° 1, pág. 140, trad. Ewelson Soares Porto.

(7) Allpio Silveira, in op. cit., pág. 179.

(8) Idem, *ibidem*, págs. 173 e 174.

Mas é, então, que o sentenciado demonstrará encontrar-se ou não em condições de reconquistar a liberdade, pela intensidade ou grau de autodomínio denotado.

Outras peculiaridades existem, ainda, no Código a vigor, concernentes à pena e seu cumprimento:

1) A detenção, cujo máximo é de trinta anos, passou a ser de dez anos, via de regra; e, na pena unificada, seu máximo sobe a quinze anos (art. 37, § 1º c/c o parágrafo único do artigo 67).

2) O livramento condicional, que só era admitido quando a pena privativa da liberdade fosse superior a três anos, não condiciona quantidade, exigindo apenas, para sua aplicação, que o condenado tenha cumprido metade da pena, se primário, ou dois terços, se reincidente (art. 74), ao passo que, pelo Código vigente, é imprescindível a condenação de seu beneficiário a mais de três anos, cumprimento de mais de metade da pena, se primário; e de mais de três quartos, se reincidente.

3) O relativamente inimputável, de que trata o art. 31, que necessitar "de especial tratamento curativo", pode ter a pena privativa da liberdade "substituída pela internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário ou ao estabelecimento penal ou em seção especial de um ou de outro" (art. 93).

4) "A pena de reclusão não superior a dois anos pode ser substituída pela de detenção, desde que o réu seja primário, de nenhuma ou escassa periculosidade, e tenha realizado, salvo impossibilidade econômica, a reparação do dano antes da sentença" (art. 37, § 3º).

5) Quando se trata de pena indeterminada, aplicável ao criminoso habitual ou por tendência, a pena a cumprir pode ir até dez anos além da que foi fixada, na sentença condenatória (art. 64).

6) Prevê "inteira separação" dos sexos, entre os sentenciados em regime de execução penal (art. 37, § 4º).

7) "Os menores de vinte e um anos cumprem pena em local inteiramente separado do destinado aos adultos, ou em seção especial do mesmo estabelecimento" (§ 5º do art. 37).

8) "O condenado a que sobrevenha doença mental deve ser recolhido a manicômio judiciário ou, na falta, a outro estabelecimento adequado, onde lhe sejam assegurados a custódia e o tratamento" (art. 41).

9) Adotou a prescritibilidade da reincidência, que "não toma em conta (...) se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o crime posterior decorreu período de tempo superior a cinco anos" (art. 57, § 1º).

10) Também não se leva em consideração a reincidência, nos "crimes puramente militares ou políticos" (§ 2º do art. 57). Como se sabe, sendo reincidente o condenado, a pena-base a ser fixada é obrigatoriamente superior à semi-soma do mínimo com o máximo da pena privativa da liberdade, além de aplicação da pena quantitativamente mais grave (art. 47, I e II, do Código Penal vigente).

11) "A pena de multa consiste no pagamento, ao Tesouro Nacional, de uma soma em dinheiro, que é fixada em "dia-multa" que é, "no mínimo, um dia-multa, e, no máximo, trezentos e sessenta dias-multa" (art. 44).

12) "O montante do dia-multa é fixado segundo o prudente arbítrio do juiz, mas não pode ser inferior ao valor do trigésimo do salário-mínimo, nem superior a um terço dele", considerando-se salário-mínimo, para os efeitos penais, "o maior salário-mínimo mensal vigente no País, ao tempo do fato" (§ 2º do art. 44).

13) "O crime praticado "lucri faciendo causa" ou por cupidéz autoriza aplicação de multa, "ainda que não esteja expressamente cominada", na parte especial do Código, hipótese em que "não poderá exceder de cem dias-multa" (art. 45).

14) Em pena de multa, pode ser convertida "a detenção não superior a seis meses (...) desde que o condenado seja primário, de escassa ou nenhuma periculosidade e tenha realizado, salvo impossibilidade econômica, a reparação do dano antes da sentença, se é de esperar que a multa baste para servir de advertência", tomando-se como base, para a conversão, um dia de detenção para cada dia-multa.

O Código proclama, ainda, a extinção da responsabilidade objetiva, implantando, definitivamente, o império do Direito Penal da Culpa, que se mede pela censurabilidade do comportamento argüido.

Extinguiu, igualmente, o **duplo binário**, "pena e medida de segurança detentiva sucessivamente aplicadas (Exposição de Motivos nº 16, § 2º), instituto que, segundo Mezger, está em crise.

Eis, em síntese, o novo Código Penal, no particular aspecto da pena a seu cumprimento.

De um modo geral, pode-se dizer que liberalizou, na cominação, fixação e execução da pena, exceção feita da pena pecuniária, reajustada, aliás, à realidade inflacionária, pela sua vinculação ao salário-mínimo; e da pena relativamente indeterminada.

Satisfaz as aspirações dos penalistas brasileiros?

VI — Perspectivas

Três penalistas brasileiros da maior autoridade — para citar apenas três — assim se manifestam, respondendo a essa indagação:

BENJAMIN MORAES FILHO, incumbido de dar a redação definitiva ao texto adotado pelo Dec. - Lei nº 1.004, de 21-10-69, ressalta que esse estatuto segue "a mesma tendência do Código de 1940, onde, segundo a Exposição de Motivos do então Ministro Francisco Campos, se fizeram transigências entre as escolas que se debatem no campo doutrinário da ciência penal. O Código novo — prossegue — obedece à última fase da posição doutrinária de Hungria, segundo a tendência unitarista, ajustando tudo que houvesse de melhor nas diversas correntes". (*) E ilustra sua assertiva com o que chama de "quatro linhas-mestras do novo Código":

- 1) o princípio do "Direito Penal da culpa";
- 2) "o abandono de preocupações sectárias que amarrassem, excessivamente, o texto às exigências de tal ou qual escola penal"
- 3) "sua técnica avançada, como se deduz dos dispositivos referentes ao tratamento prisional dos fronteiriços, à pena relativamente indeterminada e ao criminoso habitual ou por tendência";
- 4) "a orientação humanista advinda das nobres pregações de Roeder, Dorato Monteiro e Vincenzo Lanza", (9) de que seriam exemplos a renovação do *sursis*, o novo condicionamento do livramento condicional, a proteção do liberado condicional, a transformação da reclusão que não ultrapasse a dois anos em detenção, o pagamento da multa com prestação de trabalho livre, a criação do estabelecimento penal aberto, a prisão-albergue, o decréscimo do valor da reincidência. (9)

HELENO FRAGOSO, que integrou uma das Comissões Revisoras, destaca, por outro lado, "a extrema inconveniência da prisão", aditando: "O encarceramento deve ser sempre a última solução". E prossegue: "Convém repetir que a eficácia da repressão não depende nem da gravidade da pena, nem da prisão do condenado, mas, sim, da certeza da punição", para concluir: "Tudo deve ser feito para afastar do cárcere o réu primário e de bons antecedentes". E recomenda que "as leis penais modernas devem prever, ao lado da pena de prisão, penas restritivas da liberdade e de multa, de forma alternativa, ampliando os casos de suspensão condicional da condenação ou da pena e do livramento condicional". (10)

MANOEL PEDRO PIMENTEL é, ainda, mais veemente. Na aula magna proferida a 1º de março de 1971, na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, USP, de que é catedrático — após enumerar as falhas do novo Código, no que tange ao tratamento dispensado ao furto mínimo, às lesões recíprocas, ao crime continuado, à responsabilidade objetiva, à exasperação das penas privativas da liberdade —, declara: "Depois desta reforma, o que não ficou pior vai permanecer como está". (11)

Noutra oportunidade, o insigne mestre paulista, em erudito ensaio sobre a pena, proclamando, com os neodefensistas, que "o crime é uma doença social e o criminoso é um doente" (12), afirma que "a sociedade tem o direito e até mesmo o dever de se defender dos atentados contra bens e interesses legitimamente tutelados. Mas a palavra pena — cresce — precisa ser abandonada, adotando-se em seu posto a expressão **medida de defesa social**, ou outra equivalente, a fim de afastar-se qualquer conotação de castigo", que acredita prejudicial aos fins da pena. (12) Após salientar que não é possível construir-se tantas penitenciárias quantas necessárias para recolhimento de sentenciados, acentua que, só em São Paulo, "em fins de 1969, havia, em números redondos, 12.000 presos para 7.000 vagas, e 41.965 mandados de prisão por cumprir", sendo que a "Penitenciária de Avaré, capaz de recolher 450 presidiários, custou aos cofres públicos cerca de Cr\$ 16.000.000,00", e "sua manutenção demanda mensalmente o dispêndio de

(9) In "Rev. de Informação Legislativa", Senado Federal, nº 27, págs. 23 **usque** 25.

(10) In "Ciência Penal", Revista, nº 1, pág. 7.

(11) In "Direito Penal — estudos e pareceres", ed. Revista dos Tribunais, SP, 1973, pág. 86.

aproximadamente de Cr\$ 1.000.000,00": "para 50.000 presos seriam necessárias mais de cem penitenciárias iguais à de Avaré, despesa insuportável pelo mais otimista dos orçamentos". (12)

Advoga, assim, o recolhimento penitenciário apenas aos criminosos de **acentuada periculosidade**, que deveriam ser enclausurados para defesa da sociedade, em estabelecimento de **segurança máxima**. Os demais — de **escassa ou nenhuma periculosidade** — deveriam cumprir a pena em regime de liberdade ou semiliberdade. Com isso, poupar-se-ia, ao erário, maior dispêndio, e se prepararia o sentenciado, pela relativa liberdade, a conquistá-la absoluta, incondicional. Todos, porém, seriam submetidos ao tratamento do **fading**, recomendado por Waley e Malot em "Elementary Principles of Behavior" (desde que imprescindível mudança de hábitos), para concluir que o dispêndio com esse tratamento é infinitamente inferior ao custo das penitenciárias modernas de máxima segurança, que nunca recuperam, e, quase sempre, pioram o condenado. Esse método opera pela substituição — por abordagens psicológicas — de respostas a apelos do meio-sociedade. Quanto às objeções de ordens éticas, afasta-as com vários argumentos, dentre os quais o de que "não há razão para escrúpulos, porque a transformação de delinquentes em pessoas adultas, responsáveis e cooperadoras do grupo social é algo moralmente desejável, sem qualquer restrição, ainda que isso se obtenha através do emprego de meios que resultem na alteração de suas personalidades". (12)

Esse, também, parece ser o pensamento de um criminólogo da mais alta expressão, Manuel Lopez-Rey: "O progresso biológico abriu novos caminhos de controle do crime, ou mais especificamente de certos tipos de delito". (13) E recomenda: "A esse respeito deveria ser mencionado o trabalho do Dr. José M. R. Delgado, e de outros nos Estados Unidos, a respeito do controle remoto do cérebro", que consiste numa "técnica de estímulo elétrico e químico do cérebro aplicando-a ao estudo dos primatas e do comportamento humano" (nota 58) (13).

Nesse sentido, seria de evidenciar-se a eficácia, recém-proclamada, do marca-passo cerebral, aplicado no tratamento dos epiléticos incontroláveis pelo tratamento tradicional — invento do médico Irving Cooper, do Hospital St^a Bárbara, Nova Iorque, e recomendado, entre nós, pelo médico Juércio Brandão, Diretor do Instituto Brasileiro de Reeducação Motora, nas mesmas circunstâncias. (14)

VII — Conclusão

A prisão é insuprimível, quer como instrumento de repressão, quer como defesa social. Mas o que se está pretendendo, entre os penalistas mais eminentes, é uma mudança de estrutura do sistema penitenciário. Pode, entretanto, coexistir a prisão tradicional com a prisão da semiliberdade. Elas não se excluem, mas se

(12) *In op cit.*, págs. 22/3; 24 e 42.

(13) *In "Crime — um estudo analítico"*, trad. Regina Brandão, ed. Artenova, 1973, págs. 285 e 303.

(14) "O Globo" de 22-5-74, pág. 5, edição nacional.

completam. Tanto numa como noutra, porém, é mister levar-se na devida conta o aprimoramento científico e tecnológico que empolga a vida moderna. Essa a pregação de mestre Guimarães Lima, na tribuna de sua "Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal". (15) Esse vem sendo nosso trabalho, em Goiás, através de inúmeras conferências e debates. No Seminário de Direito Penal e Criminologia promovido em setembro de 1973, em comemoração ao Cinquentenário da Morte de Rui Barbosa — pela Sociedade de Criminologia e Medicina Legal (de que somos Presidente) e pela Faculdade Católica de Direito — esse tema foi novamente enfocado, com a participação das maiores expressões do Direito Penal, no País. A "Moção de Goiânia", que coroou o Simpósio — firmada por aqueles luminares —, recomendou:

- a) limitação do uso da privação da liberdade aos casos de penas mais graves e aos condenados realmente perigosos;
- b) adoção, para os condenados de escassa ou nenhuma periculosidade, do regime de prisão-albergue;
- c) a introdução de medidas humanísticas conducentes à reintegração social do condenado como: ampliação do perdão judicial, do *sursis* e do livramento condicional, além de outras medidas substitutivas da pena de prisão;
- d) como substitutiva da pena de prisão, maior utilização da pena de multa, sanção que se tem revelado mais proveitosa na repressão dos delitos e na recuperação dos delinquentes." (16)

Firmamos esse documento e lhe reafirmamos as recomendações.

E agora, mais que nunca, quando se prorroga a entrada em vigor do novo Código Penal, e quando o Governo austero do Presidente Ernesto Geisel, através do Ministro Armando Falcão, anuncia — como a grande obra de sua administração — a reforma do organismo judiciário, a partir de sua meticulosa diagnose, urge sintonizar os novos estatutos, a partir do Código Penal, com as conquistas mais recentes do saber, técnica e ciência de nosso tempo.

O novo Código Penal — Dec.-Lei nº 1.004, de 21-10-69, com as alterações da Lei nº 6.016, de 31-12-73 — representa, sem dúvida, um passo à frente com vistas ao Código Penal de 1940. Ocorre, porém, que as mutações sociais, científicas e tecnológicas se operam tão rapidamente que, ao ser promulgada, a lei já surge encanecida!

Eis porque, na feitura das leis, o legislador, tendo em mente o homem — a quem elas se destinam — deve conceder ao magistrado, que vai aplicá-la, arbítrio cada vez maior.

Do magistrado, com suas decisões, brota a jurisprudência, que tantos progressos tem ensejado ao direito positivo de nosso País.

Só assim teremos o Código à altura de nossas tradições culturais, que a realidade brasileira reclama.

(15) Veja-se, dentre outros, o nº 17, da "Revista do Conselho Penitenciário Federal"

(16) "Moção de Goiânia", ed. Koriz Artes Gráficas, Goiânia, 1973, págs. 8 e 9.