

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO SISTEMA DE PENAS NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL

Manoel Pedro Fimetal

1. Reflete-se no tratamento dado pelos autores do anteprojeto de Código Penal a preocupação dos penalistas e dos penólogos com o problema criado pelo fracasso da pena de prisão, hoje considerada inapta para realizar o duplo escopo que lhe é consignado pela lei: punir e reeducar.

Buscam, então, alternativas, sobretudo através da importação de modelos estrangeiros, o que também se observa no anteprojeto, fortemente influenciado pelas idéias divulgadas no Sexto Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito e tratamento do delinqüente, realizado em Caracas (Venezuela), de 25 de agosto a 5 de setembro de 1.980.

Todavia, a verdade é que nossos problemas são muito específicos e as soluções que servem para alguns países desenvolvidos não são boas para nós. Assim é que no centro das mencionadas idéias, defendidas no último certame internacional aludido, está a enfática recomendação de limitar ao máximo o uso da prisão fechada, como objetivo de uma política de *desprisonização*. Daí o elenco considerável de medidas alternativas, propostas como substitutivas da pena de prisão, e que são apresentadas como altamente eficientes, consoante experiências feitas nos países que as adotaram.

Essa política vem sendo posta em prática entre nós, moderadamente, desde o advento da Lei nº 6.416/77, que é fruto de empenhado labor de juristas pátrios, cujo início remonta ao ano de 1.971, como uma das consequências das recomendações do Congresso da mesma ONU realizado em Kyoto (Japão) em 1970. Agora o anteprojeto pretende insistir na tese, reforçando o elenco das sanções alternativas, sem se dar conta inteiramente de que, tendo em vista o tipo de delinquência predominante no Brasil, não pode essa tese já acolhida entusiasticamente produzir mais efeitos do que os apurados até agora. No entender de um grande número de especialistas, estamos merecendo a crítica feita por MANUEL LOPEZ-REY, relativamente ao legislador de 1.969, quando disse: "o projeto brasileiro em amparo aos 116 artigos de sua Parte Geral, cita o projeto alemão 16 vezes, o Código Penal da Iugoslávia 12, o grego oito, o italiano seis vezes, referindo-se ocasionalmente a outros. Em parte alguma é feita referência a qualquer apreciação da realidade nacional". (*Algumas considerações analíticas sobre criminologia e justiça criminal*, "in" *Revista de Direito Penal*, nº 4, de 1.971, trad. de Sérgio Fragoso, pág. 18).

Mesmo agora, quando se elaborou o anteprojeto em exame, não se atentou para a realidade nacional. Não se fez o levantamento proposto por nós, em voto proferido no seio do Conselho Nacional de Política Penitenciária, para melhor conhecimento da realidade vivida em nosso meio, com a apuração dos índices de criminalidade, da natureza dos delitos que mais se praticam, da personalidade dos delinquentes que freqüentem nossas cadeias. Daí a visão eufórica de um sistema de penas que, em sua oferta alternativa, somente pode aplicar-se a uma classe de criminosos sem periculosidade e que não, positivamente não, não é aquela que nos preocupa e que superlota os nossos presídios.

Propõe o anteprojeto um sistema de penas que comporte: a) penas privativas de liberdade; b) penas restritivas de direito; c) penas patrimoniais. As penas privativas de liberdade a serem cumpridas em regimes fechado, semi-aberto e aberto. As penas restritivas de direitos compreenderiam: I — prestação de serviços à comunidade; II — interdição temporária para o exercício de direito; e III — aprendizado compulsório. As penas patrimoniais dividem-se em: 1) multa simples e, 2) multa reparatória.

Observamos, entretanto, que as penas alternativas são destinadas a punir criminosos de escassa ou nenhuma periculosidade, condenados a penas de curta duração e que, em razão da própria personalidade, podem receber tratamento penal alternativo. Entretanto, como dissemos, não são os delinquentes aqui considerados que estão superlotando nosso presídios. Hoje, a grande massa de criminosos condenados é integrada por assaltantes à mão armada, esturpradores violentos, autores de latrocínios, ao que tudo indica ingressando nas penitenciárias com longas penas a cumprir, e que

não podem receber tratamento brando, pelo menos no início da execução dessas penas. Não há como colocar tais indivíduos em prisões-albergues, em prisão-domiciliar, ou apenas impor-lhes interdições de direitos ou obrigá-los à prestação de serviços à comunidade.

A realidade brasileira mostra nossas prisões engurgitadas de criminosos perigosos, condenados a dezenas, quando não a centenas, de anos de prisão, por crimes que não admitem a imposição de penas alternativas. E, aqueles que se apresentam como merecedores de tratamento mais benevolente, já estão atendidos suficientemente pelos dispositivos da Lei nº 6.416/77.

Data venia, não vemos sentido nessa preocupação de reformar-se o sistema de penas sem que se atente para essa realidade. Reconhecemos que nosso Código Penal passará a apresentar-se como cientificamente avançado, em igualdade de condições com as codificações mais atualizadas. Entretanto, nossas penitenciárias continuarão superlotadas, o número de mandados de prisão continuará crescendo à medida que o tempo passar e a criminalidade aumentará mês a mês. Não nos parece que a mudança do sistema de penas, com a finalidade de instituir sanções alternativas à pena de prisão, possa resolver o problema penal e, conseqüentemente, o problema penitenciário brasileiro.

2. Uma proposta de reforma mais realista poderia ser considerada, mesmo sabendo todos nós que os fatores criminógenos que atuam em nossa sociedade não podem ser atacados através do expediente de reformular a legislação penal. Nem pode o melhor Código de execuções penais mudar a realidade das nossas prisões. Parece evidente que esses aparentes axiomas devem ser compreendidos, afim de que soluções outras sejam pensadas, a nível de governo, com o objetivo de reduzir as pressões sociais, os desníveis de renda e outros fatores, afim de cercear o crescimento da criminalidade contra o patrimônio que é responsável pelo ingresso de cerca de 80% dos ocupantes de vagas em nossos presídios.

Relativamente ao problema da pena de prisão, que não pode deixar de ser aplicada e cuja execução deve iniciar-se no regime de segurança máxima, outra deve ser a solução, segundo nos parece. Em primeiro lugar, é imprescindível, com urgência, aumentar o número de vagas disponíveis no sistema carcerário, pois a superpopulação, tão perniciosa e criminógena, tem uma única e óbvia causa: número insuficiente de vagas para recolher adequadamente os condenados, mesmo depois de triados devidamente somente os mais perigosos. Embora pareça contrariar a doutrina da *desprisonização*, tão encarecida pelo Sexto Congresso da ONU, a construção de presídios é uma política inevitável, devendo pensar-se em uma estratégia que ofereça condições de criar um tipo de prisão de baixo custo, quanto à edificação, funcional quanto à operacionalidade e capaz de suportar um

custeio econômico. Se a prisão fechada não se presta à tarefa de ressocializar o interno, ainda quando bem aparelhada, equipada e assistida por pessoal competente, muito menos servirá um presídio superlotado, favorecendo a promiscuidade já de si inevitável nas celas coletivas, e incapaz de proporcionar acomodações para o trabalho, o lazer, os esportes e a instrução.

Em segundo lugar, torna-se necessário ativar a rotatividade das vagas. Hoje é comum um preso ocupar a cela durante 20 anos. Sabendo-se que o custo de construção de uma penitenciária, do tipo das últimas construídas em nosso Estado de São Paulo, é da ordem de 10 milhões de dólares, para abrigar 500 sentenciados, avalia-se o custo de uma vaga de presídio em torno de 20 mil dólares. Este é, incontestavelmente, um custo muito alto para que um preso se converta em ocupante cativo da vaga.

A rotatividade, no entanto, é possível. Bastaria que pensássemos na concessão da liberdade condicional em outros termos, baseando-nos, agora sim, em sistemas provados em legislações estrangeiras. A reforma do sistema penitenciário em Portugal, realizada pelo Decreto-lei nº 265, de 1º de agosto de 1979, estabeleceu, no art. 13, o seguinte: "O recluso pode ser transferido para estabelecimento diferente do previsto no plano individual de readaptação quando desse modo se favoreçam seu tratamento ou a sua reinserção social, quando a organização da execução o exigir e ainda quando motivos ponderosos o imponham". E o art. 50 desse Decreto-lei estabelece uma grande flexibilidade na execução, visando a favorecer o estabelecimento de novas relações entre o recluso e a sociedade.

Por outro lado, o livramento condicional subordinado a um prazo de cumprimento de determinada pena parece-nos errado e manifestamente inconveniente. Diga-se, desde logo, que é inteiramente arbitrário e sem nenhum apoio científico fixar-se um prazo certo para se ter como readaptado um sentenciado. O contrário é que ocorre com mais frequência, pois a experiência demonstra que um preso pode atingir o ponto mais alto da resposta à terapia penal em tempo bem menor do que o fixado para autorizar a concessão do livramento condicional. Ora, se uma comissão ou junta técnica interdisciplinar, através de constante observação do interno, recomendar a liberdade provisória ou condicional como melhor forma de aproveitamento do progresso alcançado pelo preso, não vemos porque se deva esperar mais cinco anos ou dez anos para se lhe conceder o benefício, correndo-se o risco de, quando chegar o momento de libertá-lo, a medida não produzir mais qualquer resultado favorável.

É sabido que o excesso de tempo e encarceramento só agrava a condição do interno, contribuindo para o enraizamento, a fixação irreversível, de hábitos e de condicionamento grupal, distanciando-se o recluso, cada vez mais, dos parentes e amigos, últimos elos que o ligavam ao

mundo livre, afrouxando-se assim o nó que ainda o prendia à sociedade. A partir de um determinado momento não há mais estímulo para viver no mundo exterior, porque o condenado perdeu todos os contactos afetivos que ali mantinha, enquanto que formou uma nova família na prisão, constituída pelos companheiros de longos anos vividos nas celas, partilhando sofrimentos, alegrias e repartindo da mesma sorte o carinho embrutecido, o único que se pode conhecer no interior das muralhas de uma penitenciária.

Indicamos ao 1º Congresso Brasileiro de Administração Penitenciária, realizado em São Paulo, de 8 a 11 de maio de 1978, a necessidade de ser modificada a legislação penal neste ponto. A indicação foi unanimemente aprovada, recomendando-se ao Ministério da Justiça a alteração necessária para permitir que o livramento condicional fosse concedido tão depressa quanto possível e que, sem açoitamento, mas também sem retardo, o preso alcançasse a liberdade condicional, no justo momento em que oferecesse as condições ideais para merecer o benefício, consoante o parecer de especialistas reunidos em uma comissão ou junta técnica interdisciplinar.

Infelizmente a idéia não foi aproveitada, nem mesmo agora quando se elaborou o anteprojeto, apesar de reiterada manifestação nossa em tal sentido.

3. De algum tempo a este momento passamos a sustentar tese oposta àquela por nós aceita até então. Hoje entendemos que *a pena de prisão somente serve para punir*. Em vão se insistirá na eufórica visão de que a prisão deve cumprir também a missão de reeducar o condenado, promovendo sua reinserção no meio social. Ela não pode fazer isto e inutilmente se esperará que ela o faça. Por isso mesmo, deveria reservar-se a prisão fechada, de segurança máxima, para funcionar como uma agência de restrição da liberdade e de castigo, com a ressalva de que o preso é encaminhado à prisão *por castigo* e não *para ser castigado*. Nesta primeira fase não haveria qualquer preocupação em ministrar ao sentenciado qualquer tipo de terapia penal, limitando-se à exigência de respostas adequadas aos itens regulamentares.

Até que o preso demonstrasse haver assimilado o castigo, interessando-se por alguma atividade e colaborando com os demais internos, aceitando decididamente as normas regulamentares, permaneceria no regime de prisão fechada. Seria, então, à vista de parecer técnico, promovido para um segundo estágio, gozando de maior liberdade, passando a trabalhar e a receber instrução. Nesta segunda fase já poderia obter o livramento condicional, ou permanecer em regime de semi-liberdade, sempre independentemente do tempo de prisão cumprido. Finalmente, no terceiro estágio, conseguiria a liberdade provisória, a prisão albergue, a liberdade vigiada ou a prisão-domiciliar.

Fundamental é que, em qualquer das fases da execução penal, o condenado visse respeitados seus direitos não atingidos pela privação da liberdade. O tratamento digno, o respeito integral à personalidade humana do preso, seriam indeclináveis obrigações da Administração penitenciária. Em muitos trabalhos e exposições doutrinárias que chegam ao nosso conhecimento há uma constante: a prisão é indispensável na primeira fase da execução da pena, mas inteiramente contraproducente a partir de um determinado momento, sendo contraproducente a permanência do sentenciado no regime de prisão fechada.

Qualquer reforma penal realista deve atentar para estes fatos e, sobretudo, ter presente a magistral observação feita por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO: "O problema da prisão é a própria prisão. A prisão representa um trágico equívoco histórico, constituindo a expressão mais característica do vigente sistema de justiça criminal. Validamente só é possível pleitear que ela seja reservada exclusivamente para os casos em que não houver, no momento, outra solução. Cumpre tirar urgentemente da prisão os delinquentes não perigosos e assegurar, aos que lá ficarem, que sejam tratados como seres humanos, com todos os direitos que não forem atingidos pela perda da liberdade" (*Direito dos presos, Forense, Rio, 1.980, pág. 15*).

4. Decorre de tudo o que ficou dito que preconizamos um novo sistema de penas, a partir de um conceito que ajuste à realidade tudo aquilo que hoje existe como uma desconcertante e eufórica fantasia. A pena de prisão, não se prestando para essa tarefa de reinserção social do sentenciado, somente poderá eventualmente cumprir sua outra meta formal: *punir*. Desfeito, assim, o verdadeiro equívoco, é preciso pensar em uma diversificação das sanções, tendo em vista os seus diferentes fins.

Começaríamos por não falar mais em *penas*. A idéia de expiação, de retribuição, de castigo, está contida na expressão *pena*, mas a alternativa função ressocializante que lhe pode ser atribuída fora da prisão não cabe na mesma palavra. Assim sendo, usaríamos a seguinte tábua de sanções:

- a) medidas punitivas;
- b) medidas corretivas; e,
- c) medidas protetoras.

Resumiremos nossas idéias a respeito:

a) *medidas punitivas* — teriam caráter meramente retributivo, sem qualquer preocupação terapêutica, e seriam de natureza *peçoal* ou *patrimonial*; as de *natureza peçoal* se dividiriam em *privativas de liberdade* e *privativas de direitos*; as *privativas de liberdade* seriam cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, garantidos todos os direitos do sentenciado não atingidos pela condenação, assegurado também o tratamento penitenciário humano. Tão logo o sentenciado demonstrasse su-

ficiente condicionamento à disciplina carcerária, segundo parecer oferecido por junta técnica especializada e interdisciplinar, a medida punitiva poderia ser convertida, provisoriamente, em medida corretiva. As medidas de natureza patrimonial seriam a multa simples e a multa reparatoria.

Um programa corretamente planejado e dirigido, para a execução das medidas punitivas adequadamente, deve compreender a construção de estabelecimentos penais de segurança máxima, consoante a opinião do Dr. OMAR CASSIM, Coordenador da Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado: "Temos que construir novas penitenciárias para atender aos 10.000 detentos que estão jogados nas cadeias públicas. Declarou ainda que essas unidades municipais de segurança servem como 'mero depósito de presos e não como estabelecimentos de reeducação'. Descartou a possibilidade de criação de novos institutos penais agrícolas ou de presídios para funcionar em regime semi-aberto, alegando que, na atualidade, os estabelecimentos de segurança máxima são mais necessários, conforme provam as estatísticas de criminalidade do Estado: 85% dos crimes são contra o patrimônio, o que comprova a periculosidade dos criminosos" (*Boletim COESPE*, vol. 3, nº 1, publicado em São Paulo, fevereiro de 1.981).

b) *medidas corretivas* — teriam caráter marcadamente reeducativo, sem qualquer conotação de castigo, visando a reinserção do condenado; seriam, também, de natureza pessoal ou patrimonial; as de natureza pessoal se desdobrariam em *detentivas* e *não detentivas*; as *detentivas* seriam executadas em estabelecimentos penais de segurança média, de segurança mínima, semi-abertos ou abertos, sem rigor penitenciário, com aplicação de terapêutica sistemática, programada, mediante exame prévio da personalidade do interno e, no caso de inadaptação ou de transgressão de normas do regime, o sentenciado voltaria à prisão fechada, convertendo-se a medida corretiva em medida punitiva; as *não detentivas* seriam, p. ex., a liberdade vigiada, a prestação de serviços à comunidade, o exílio local, a frequência obrigatória aos Centros Comunitários, o aprendizado compulsório, etc.; as de caráter patrimonial seriam a interdição de estabelecimento comercial ou sede de associação, o confisco e outras semelhantes.

As medidas corretivas seriam impostas pelo juiz na sentença, ou decorreriam de substituição das medidas punitivas na fase de execução, sempre por despacho judicial e ajustadas à personalidade do sentenciado e à natureza da infração praticada.

Para o adequado cumprimento das medidas corretivas e maior aproveitamento por parte do sentenciado, seria imprescindível, também, a alocação de recursos para a construção de estabelecimentos penais de segurança média, inexistentes no Brasil. Nesses estabelecimentos seria possível dar ao interno um tratamento baseado na confiança mútua, a partir

da inexistência dos sinais distintivos da repressão, principalmente das grades. Necessária, igualmente, a instalação de Casas do Albergado e dos Centros Comunitários, possibilitando correto desenvolvimento de um programa capaz de promover a reinserção social dos condenados submetidos a esse tipo de terapia.

c) *medidas de proteção* — seriam, principalmente, função defensiva, relativamente à sociedade e ao próprio delinquente; seriam aplicadas quando o crime praticado, a conduta do autor, as circunstâncias do fato, demonstrassem tratar-se de pessoa irresponsável ou perigosa, nos termos da lei penal, devendo assegurar-se sua adequada custódia e tratamento. As medidas de proteção seriam sempre de *natureza pessoal e restritivas da liberdade*, consistindo em internação em manicômio judiciário, casa de custódia e tratamento, instituto de reeducação e trabalho ou reformatórios de cunho semelhante; a internação em qualquer desses estabelecimentos dependeria de decisão judicial fundamentada, precedida de exame do laudo pericial obrigatório.

4. Esse sistema de sanções seria referido a uma nova classificação de infrações. Propomos a adoção do critério tripartido: crime, delito e contravenção. *Crime* seria a infração mais grave, a que se cominariam medidas punitivas; *delitos*, as infrações menos graves, sancionadas com medidas corretivas; as *contravenções* passariam a ser consideradas como infrações administrativas, sancionadas com medidas corretivas, de caráter estritamente reeducativo, ou com multas simples, aplicáveis por um juízo ou tribunal de cunho administrativo-policia.

Integra nossa sugestão a idéia de considerar os delitos de trânsito como formas especiais de transgressão policial, possibilitando considerar-se o ressarcimento do dano, nas formas menos graves, como causa extintiva da punibilidade; nas formas mais graves, seria o caso tratado como delito, sancionado igualmente com medidas corretivas e com multa reparatória, condicionada a ação penal à manifestação da vontade do ofendido (tal como ocorre nas hipóteses de ação penal pública condicionada).

Estas as principais observações que entendemos conveniente fazer, para deixar bem claro nosso pensamento a respeito das modificações propostas na legislação penal, dando assim uma contribuição, certamente aleatória, mas que é fruto de longas e amadurecidas reflexões e de alguma experiência profissional.

5. Relativamente à pena de multa, agora dividida em *multa simples* e *multa reparatória*, cabe dizer duas palavras. Há um avanço na dicotomia apresentada no anteprojeto classificando a pena de *natureza patrimonial*. Todavia, parece-nos que é muito escassa a importância da pena de multa entre nós. Salvo casos raros de cominação isolada a pena pecuniária de caráter punitivo acompanha sempre uma pena principal, nos crimes contra o

patrimônio, de caráter pessoal. Ora, a grande massa dos criminosos no Brasil é constituída de pessoas pobres e, essa observação é ainda mais correta quando se focaliza o delinquente contra o patrimônio. Assim sendo, não há possibilidade de fazer funcionar o mecanismo atribuído à pena pecuniária, pois esta raramente será paga. Por outro lado, quando a condenação à pena de multa eventualmente alcança um *criminoso do colarinho branco*, a pena de tão esperados efeitos terapêuticos se converte em um mero bilhete de passagem comprado para a impunidade.

Análise fria dos fatos impõe a conclusão de que, se é generosa a idéia de erigir a pena de multa à condição de servir, em certos casos, como alternativa para a pena de prisão, a prática se encarrega de demonstrar que tal teoria resulta despienda no Brasil.

O anteprojeto acolheu a doutrina que distingue, hoje, entre a *multa simples* e a *multa reparatória*. A *multa simples* é hoje concebida como o recolhimento de determinada quantia ao erário público, como punição pelo crime, funcionando especificamente, segundo a teoria muito conhecida, como contra-impulso quando imposta ao condenado pela prática de crime contra o patrimônio.

Cominada isolada, alternativa ou cumulativamente com pena afitiva, a pena pecuniária é, em si mesma, forma de punir, funcionando em alguns casos como corretivo específico da cobiça.

A *multa reparatória* não deixa de ser punitiva, mas o fim precípua que se lhe consigna é, como o nome o diz, *reparar* o dano ou o prejuízo sofrido pela vítima do crime. Visa, sobretudo, a proporcionar uma indenização ao ofendido e consiste no pagamento feito mediante depósito judicial. Tomando-se em conta a principal finalidade desta modalidade de sanção penal, a multa reparatória traz implícito no seu conceito um contingente educativo, obrigando o condenado a praticar um ato de solidariedade humana.

Voltamos a dizer que, na prática, esta modalidade de multa sofrerá os mesmos percalços assinalados à multa simples. A aplicação será restrita às raras hipóteses em que o condenado tenha posses, pois a grande massa dos criminosos brasileiros carece de meios para pagar essa multa. Não nos consideramos misoneísta, e entendemos que a experiência deve ser feita, mas sinceramente não depositamos grande esperança no resultado que dela advirá.