REVISTA DOS TRIBUNAIS

ANO 59 FEVEREIRO 1970 VOLUME 412

Publicação oficial dos Tribunais de Justiça, Alçada Civil e Alçada Criminal de São Paulo; de Justiça do Paraná, Mato Grosso, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Bahia, Minas Gerais, Guanabara e Alçada de Minas Gerais

A PENA E RESPECTIVOS LIMITES

MÍLTON LUIZ PEREIRA

Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e na Faculdade de Direito de Curitiba — Juiz Federal Substituto

«Se em todo o mundo existisse uma têrça parte das ilusões de um condenado, a humanidade não conheceria o pessimismo. Estaria repleta de otimismo». 1

Da Evolução Repressiva

1. A responsabilidade coletiva, com requintes de perversidade, na história do Direito Penal, já foi apropriada forma de reação à agressão. A pena deixava de ser pessoal e, contando com o apoio familiar, estendia-se à do agressor. «Representava-se na cólera dos parentes, na vingança de sangue, que Von Liszt considera precursora da pena e a primeira manifestação da consciência jurídica. Era a vingança contra o grupo». 2 A reação de indivíduo contra indivíduo, substituía-se por confrontos grupais.

2. Em longa caminhada, a vindita do grupo corporificou-se como uma reação de grupos homogêneos, contra grupos. Eram reações de solidariedade ao ofendido, recrudescendo-se em lutas entre famílias e grupos. Sem assentamento definitivo, evoluindo, com **a pena de talião**, delimitou-se o castigo, ficando a reação (vingança privada), proporcionada à ofensa e ao agressor. Existia a observação de responsabilidade pessoal, de certo modo limitada, para a reação punitiva. Depois, impondo-se, mostrou-se atuante a chamada **vingança divina**, sustentada por um poder social identificável pela sua orientação teocrática ou sacerdotal.

3. As limitações foram crescentes e acentuadas, motivando a participação, cada vez mais perceptível, do Estado. A «compositio», limitando o arbítrio, era uma forma de contenção aceita pelos que pretendiam vingar-se pela violência, depois de verificada a extensão da ofensa praticada. Sem dúvidas, constituía-se num processo repressivo individualizado. Superadas as vinganças pessoais, as grupais por solidariedade, as divinas pelo poder sancionador de orientação teocrática e as fases de talião ou da «compositio», alcançou-se a penalidade pública, sem o caráter agressivo, mas com características defensivas. A pena deixava de ser vingança e transformava-se em instrumento repressivo e preventivo, em benefício da defesa social.

4. Desde as considerações esposadas pelas escolas penais, verificado o chamado período humanitário, as concepções sôbre a pena e seus fins, distribuíram-se por vários caminhos, na busca séria de serem encontradas soluções, reclamadas diante do crime, dentro de autênticos imperativos sociais. Hoje, com ênfase, defendem-se inclusive, as penas ultracorrecionistas.

1. Adalberto Gomes da Silva, recluso da Penitenciária Central do Estado do Paraná.
2. "O Crime, o Criminoso e a Pena", Des. Carlos Xavier P. Barreto, 1º vol. pág. 212.

Da Reação Contra o Delinqüente

1. No Direito Penal moderno, contra aquêles que violam as regras, preestabelecidas, para o comportamento social, é legítima a reação, como forma de se manter, em sociedade, a paz e a ordem públicas. Mas, êsse atendimento, como coordenada de lícita reação, deve ser norteado dentro de princípios da responsabilidade pessoal. A pena deve ser imposta ao **autor do delito,** em retribuição ao ato ilícito, procurando, através da intimidação, evitar novos delitos, a fim de que, quanto aos seus fins, a mostra punitiva adquira, com eficiência, caracteres retributivo, intimidativo e ético. Nas primitivas legislações a pena era transmissível através das gerações («verbi gratia», entre nós Tiradentes sofreu a pena da infâmia, que abrangia os seus descendentes).

2. Todavia, em têrmos atuais, dentro de uma evolução penal que se espiritualiza, **só o autor do delito** deve ser punido. Qualquer retribuição que extravase da pessoa do delinqüente será uma conseqüência alheia aos próprios fins da sanção punitiva aplicada. A pena deve cingir-se ao criminoso, personalizando-se a êle só e sem dêle passar. Com o equilíbrio de fazê-lo sentir a reação social contra o seu ato ilícito e, inclusive, alarmando-o, o suficiente, para que não volte a delinqüir. A fôrça impositiva da pena não pode, por extensão, causar uma seqüela de conseqüências iníquas; portanto, injustas, àqueles que não cometeram nenhum delito, evitando-se a punição contra inocentes que não têm culpa de ser, quando muito, parentes do delinqüente.

3. Quando a pena, que em si mesma traz uma mensagem ética, impiedosamente, alcança terceiro inocente, passa a ser um retrato falso dos seus fins basilares, aviltando-se por ferir direitos fundamentais de outros, cujos direitos são valôres tutelados e garantidos pela ordem jurídica, conforme a estrutura e vivência política do Estado. Hoje, é pacífico, a pena, para ser justa, deve limitar-se à pessoa do criminoso. Tem ela uma função protetora e defensiva, não agressiva e nem injusta. Para o equilíbrio de sua aplicação, que é o reflexo mantenedor do próprio equilíbrio entre o indivíduo e o Estado, deve-se considerar que... «a pessoa humana não é um objeto nem um súdito, senão um homem, com obrigações e com direitos. A sua consideração impõe certos limites à ação estatal, derivados da sua própria natureza. O conflito entre ambas as personalidades, qualquer que seja a posição filosófica ou política que se adote, terá na realidade um único desenlace: o triunfo do interêsse do Estado». [3]

4 Assim, os reflexos da pena, em razão de seus próprios fundamentos e fins, como escudo protetor de interêsses jurídicos cuidados pelo Estado, devem guardar limites ao autor do crime, para que os seus efeitos, criando um conflito entre personalidades distintas, com direitos assegurados e garantidos (interêsses do Estado e interêsses do indivíduo), de forma direta ou indireta, não transbordem da pessoa visada pelo magistério penal, forçando inocentes a suportarem, indevidamente, uma execução que não lhes pode ser imposta, fazendo ruir as paredes que marcam a ação punitiva estatal com limites preestabelecidos. O «jus puniendi», porque o direito de punir tem essência jurídica, não pode ser ilimitado, convertendo-se num **delito estatal,** porque, se sair dos quadros rígidos que devem moldurar a personalidade da pena (individualização), repetirá o delito que motivou sua ação repressiva, infligindo pena, por qualquer forma, a terceiros inocentes, titulares de bens ou direitos fundamentais, como valôres sociais do homem, cuja conservação, tutela e garantia compete ao próprio Estado. Impõe-se, pois, limites à ação estatal, sob pena de se criar um conflito ou desequilíbrio entre o indivíduo e o Estado, inclusive, com a rotura de relações familiares normais, uma das fontes da paz social.

Individualização da Pena

1. O poder público, além do criminoso responsabilizado, não pode submeter terceiros inocentes aos efeitos executórios da pena, sob pena de efetivar um «ultra» exercício do seu direito punitivo. Pois, o «nulla poena sine judicio» é postulado fundamental do Estado de Direito, visto não ser admissível impor um castigo a alguém, sem que se verifique

3. "A Crise nas Prisões", Mariano Ruiz Funes, pág. 46.

a sua responsabilidade, através da afirmação de que agiu ilicitamente e de maneira responsável». [4] Punir o criminoso é um procedimento justo, mas êsse direito não autoriza que se castigue fora dos rumos traçados legalmente ou que se estenda os efeitos penais, contrariando direitos fundamentais e agravando, com padecimentos morais, o condenado e seus familiares. Sofre aquêle, êsses padecimentos, por assistir êstes, que nada devem, sofrerem efeitos decorrentes da pena. O vínculo que prende o recluso à espôsa e filhos não pode ser quebrado, sob pena de se dificultar o reajustamento do encarcerado à vida social.

2. Sem razão não é, dentro do fundamento da responsabilidade individual, quanto à aplicação e fixação da pena, que o Código Penal (art. 42), estatui regras à individualização. **Só o agente ativo** do fato típico, antijurídico, frente à pretensão punitiva, deve sofrer as sanções penais aplicáveis à espécie, conforme a proporção da ofensa praticada e consentâneas com o caráter objetivo do delito e subjetivo do autor, refletindo uma individualização adequada. Não deve, nessa adequação, a pena ser excessiva ou deficiente, mas equilibrada, a fim de que a reação punitiva seja justa e **limitada** à pessoa penalmente responsabilizada. Se ela fugir dêsses objetivos e limites, por qualquer modo, trará conseqüências impróprias aos seus fins e reclamando, por isso, uma correção, para que não se macule o princípio da responsabilidade individual.

3. Quando o critério político-criminal da pena é alterado, com incursões de **efeitos coletivos**, fora o sério divórcio do sistema da individualização, fendem-se os seus postulados básicos, em detrimento da própria justiça, que, por ser óbvia, deve ser justa.

4. É certo que o delito pode resultar da ação ou omissão de uma ou de várias pessoas (art. 25 do CP). Porém, estabelecido que há um autor responsável, efetivamente, a pena não poderá passar da pessoa dêsse autor (§ 13 do art. 15 da Constituição Federal), significando a concretização do princípio de que a pena não deve passar da pessoa do delinqüente. Assim, como se justificariam efeitos contra terceiros, penalmente desresponsabilizados, que... de qualquer modo..., não concorreram para o crime? No sistema da legislação penal vigorante seria impossível essa justificativa, porque o código unificou tôdas as formas de concurso e tôdas as causas que podem concorrer para o fato criminoso. Donde, não existindo vinculação de pessoas (agentes), o **resultado**, considerado indivisível, só poderá ser atribuído unitàriamente, ao próprio criminoso que lhe deu causa (art. 11 do CP). Por conclusão, **inexistindo** o laço que une, ao mesmo crime, mais de um agente ativo, só a pessoa do próprio delinqüente deverá responder por êle. Porque, se não foi estabelecido o concurso de causas para a ocorrência delituosa, o evento, com as suas conseqüências penais, deve ser imputado, **tão-só** àquele que foi identificado como seu responsável, sem possibilidade legal e justa de se atrair terceiros alheios ao fato à responsabilidade penal e colocá-los sujeitos à pretensão punitiva do Estado.

5. Enfim, na persecução penal, só o autor (indivíduo) deve estar sujeito às condições de punibilidade, não se admitindo, por ausência de um prévio acôrdo de vontades, cuja ausência faz desaparecer o concurso, que, de qualquer forma, outras pessoas sejam punidas. Essa precaução em impedir que a pena não passe da pessoa do delinqüente não é nova, pois... «talvez encontre o seu germe na idéia romana do abandono nóxio ou nas idéias análogas, consistindo em abandonar à vítima de um dano o homem ou o objeto que o causou. Pouco a pouco, o sentimento social chega à noção que a pena, isto é, a reação da vontade coletiva contra a agressão do indivíduo, **só devia recair no autor da agressão**; é um conceito relativamente moderno, porquanto a idéia da responsabilidade coletiva acha-se ainda no cristianismo, sob a forma da teoria do pecado original...» «Parece, portanto, que a sociedade deve, ao reagir contra a infração, dirigir os seus esforços **para uma reação justa**; isto é, em equilíbrio com o fato, na proporção do prejuízo, em harmonia com a natureza do criminoso». [5] (grifei).

4. "Curso de Direito Penal", José Frederico Marques, vol. 3, pág. 104.

5. "O Crime e a Sociedade", J. Maxwell, Paris, págs. 254, 255 e 256.

6. Não se nega, assim, que o Estado, após a prática do crime, tenha o direito de punir. Deve fazê-lo, mas sem poder sujeitar por qualquer circunstância, aos efeitos punitivos, estranhos que sequer conheciam da ação de outrem. Não havendo pluralidade de agentes, descabe a pluralidade de punições, de vez que não pode ocorrer punibilidade sem responsabilidade, a qual, inclusive, deve ser apurada para que se efetive, então a pretensão punitiva («nulla poena sine judicio»). O direito de punir, por parte do Estado, é necessário à existência harmônica da sociedade, como reação provocada contra aquêles que desapontam as condições normais da vida coletiva. Podem, até mesmo, variar as formas de reações e de punições. O que não deve ocorrer, em qualquer forma ou conseqüência, é uma extensão de efeitos coletivos, equiparando culpados e inocentes, porque significaria, nesta hipótese, não um meio reparador útil, mas uma real vingança pública, comprometendo, nessa repressão coletiva, o próprio equilíbrio social. A reação da lei deve ficar, exclusivamente, dirigida e atenta à pessoa inassimilável ou nociva ao convívio social, sem nunca retornar aos primitivos estágios de punição, por solidariedade, **a grupos familiares.**

7. Daí que, em qualquer forma ou escala, qualquer punição, ultrapassando os fins ditados à pena e aos efeitos sentenciais, que venha a ferir direitos de terceiros, que não a pessoa do responsável pelo evento criminoso, se constituirá num fato desmesurado, desnecessário e contrário à conveniência ordeira e equilibrada dos agrupamentos sociais. Isto, porque, sempre dentro do postulado da legalidade da pena, qualquer pessoa, para receber uma cominação penal, deve sofrer, antes, o «jus persequendi», movido como condição necessária para legalizar a perseguibilidade e punibilidade. Sem essa perseguibilidade legal, ninguém pode sofrer os efeitos, repita-se, diretos ou indiretos, de sanções penais, sob pena de criar-se um escabroso artifício para punição de inocentes e de flagrante injustiça. Seria, até mesmo um despropositado retôrno ao passado, quando a lei penal punia o autor e, também, terceiros inocentes. Porque, por exemplo, se entendia «...assim o êrro da traição condena o que a comete, e empece e infama os que de sua linha descendem, **pôsto que não tenham culpa**...» e esta pena haverão pela maldade, **que seu pai cometeu.** E o mesmo será nos netos, cujo avô cometeu o dito crime...» [6] (grifei). «**Ordeno que todos e quaisquer descendentes** de um, e outro sexo dos Réus antes, e depois desta, incursos no dito horrendo crime de lesa — majestade, fiquem inabilitados **para sucederem** nos Morgados vagos pela condenação dos traidores...» [7] (grifei).

8. Todavia, no sistema do Direito Penal moderno, seria insustentável qualquer sanção punitiva que avance além da pessoa do delinqüente. Porque, em verdade, ao Estado incumbe a prestação jurisdicional, nas diversas formas da repressão penal, mas dentro dos limites e restrições estatuídos em lei, a fim de que a sua atividade persecutória, no seu direito de punir, não exorbite das limitações impostas ao seu exercício, evitando-se, com essas limitações, coações deliberadas ou involuntárias e, de qualquer modo, injustas. Injustas, porque divergentes ao próprio fundamento jurídico-constitucional que lhe dá essa primazia do «jus puniendi». Injustas, porque exorbitando, todo e qualquer efeito punitivo, transcende à pessoa do delinqüente, constituindo-se em ilegalidade concreta e censurável. Se acomodada ou admitida, «in concreto», por conseqüências materiais, alcança terceiros inocentes, castigando-os sem serem culpados ou julgados competentemente. Seriam, enfim, coações sem a respectiva sentença judiciária.

Terceiros Inocentes

1. Frente a essas considerações, mesmo se justificada a investida legal do Estado, no seu direito de punir, efetivando-se a sua pretensão punitiva, se terceiro inocente, alheio ao motivo que autorizou a perseguibilidade, vier a sofrer os efeitos da norma legal objetiva

6. Código Phillipino, Título VI, "proemio", e Título VI, § 13.

7. Lei de 3.8.1770, Código Phillipino, 14ª ed., 1870, pág. 1.155.

e imposta ao sujeito ativo (autor), se caracterizará, ainda, uma ofensa à máxima do «nullum crimen, nulla poena sine lege», ou seja à legalidade da pena, de vez que «...nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expressamente estabelecido prèviamente». 8 O princípio está agasalhado pelo art. 1º do mesmo Código Penal. Ofensa aviltante, desde que uma pessoa, que, sequer poderia ser qualificada como criminosa, acabou sofrendo efeitos materiais originados da imposição da pena.

2. Contudo, situados os limites da pena, ficando anotado que, por seus fundamentos jurídico-constitucionais, não pode, em seus efeitos, a pena ultrapassar da pessoa do delinqüente, em realidade, ocorrem, apesar dos motivos impeditivos, no cotidiano, extensões prejudiciais alarmantes. Com efeito, dentro de uma conjuntura político-econômica avassaladora, por inexistirem instrumentos legais convenientes, durante a fase processual e mesmo após o julgamento, cria-se um gradativo e insinuante conflito entre a família do criminoso condenado e a sociedade. Essa situação, quase sempre, com colorações dramáticas, perdura ainda depois de libertado o sentenciado, resultando em posições contrárias à paz social. O dia a dia revela, com crueza, a desagregação familiar, a miséria, a prostituição, a reincidência e uma gama de chagas deformantes dos organismos sociais, numa torrente crescente de perturbação à higiene social.

3. Êsses acontecimentos, tendo como personagens os familiares do encarcerado, consubstanciam «efeitos penais», além da pessoa do delinqüente, fazendo flutuar efervescentes e aflitivas situações decorrentes da execução penal.

4. Por isso que, sem relutância, entendendo que, grande parte dessas conseqüências, indevidas podem ser evitadas ou minimizadas, parece-me que se impõe, para êsse mister, que se estabeleçam, em benefício do sentenciado e de sua família, normas de proteção e tutela previdenciária, corporificadas numa espécie de «estatuto do condenado», protegendo-o e à sua família, contra abusos, durante e após a execução da pena, e servindo de instrumento valorativo para evitar que os efeitos daquela alcancem terceiros inocentes, cujo único comprometimento é o de serem familiares do condenado. Isto porque, o que se assiste é a família do condenado sofrer tôda a sorte de provações pela segregação social do «chefe da casa», ficando sem o indispensável e primário para o sustento do lar; enfim, sem condições de sobrevivência.

5. No desespêro, sem auxílio, sem orientação e sem a fonte de renda que era garantida por aquêle, os familiares, aos poucos, transformam-se em párias da sociedade, refletindo-se num aumento considerável de mais problemas e em fonte crescente de desajustamentos que acabarão por fazer fluir, numa avalancha, uma série de ilícitos penais. «O delinqüente, uma vez que foi sentenciado, passa para a prisão, para extinguir a sua pena. A sociedade fica satisfeita, a justiça terminou, com a sua prolação, a sua augusta missão, e o criminoso substitui esta condição pela de condenado, e fica despojado de tôdas as suas liberdades físicas...» 9 Acontece, porém, que se inicia, então o **verdadeiro drama familiar**, que passa a carregar tôda sorte de desventura e dificuldades. Mas a pena não é individual? Sim, «... a pena, enfim, deve ser **individual**; é uma concepção relativamente moderna, porquanto a antigüidade não se contentou com punir sòmente o criminoso: alargava geralmente o castigo a tôda a sua família. Nós hoje queremos apenas **atingir o autor** da infração e deixar ao abrigo das conseqüências da pena **a espôsa e os filhos ou aquêles** que dependem dêle para viver. A individualização da pena é, neste sentido, a aplicação de todo o castigo ao criminoso **e só a êle**». 10 (grifei).

6. Se individual, imperativo, pois, que sòmente o responsabilizado penalmente cumpra a punição e arque com suas conseqüências, a fim de que, efetivamente, não ultrapasse ela a pessoa do delinqüente. Uma solução adequada, sem dúvida, seria garantir-se à família do condenado, além da assistência e orientação, recursos pecuniários suficientes para prover à sua assistência, enquanto não tiver êle condições para supri-la. Máxime, por ser público que

8. "La Ley y El Delito", Luis Jiménez de Asúa, pág. 104.

9. Mariano Ruiz Funes, ob. cit., pág. 187.
10. J. Maxwell, ob cit., pág. 309.

a remuneração, atualmente, dada aos sentenciados, é deficiente para proporcionar meios pessoais de manutenção, quanto mais para garantir meios à sua família.

7. Para êsse fim, verificadas, para a efetivação dessas providências, condições básicas e pré-requisitos que o sentenciado deverá satisfazer, como soluções, duas formulações podem ser consideradas:

1ª) Permitir um trabalho suficientemente remunerador ao presidiário, favorecendo sua recuperação social, inclusive, pelo exercício laborativo, além de criar condições reais para um auxílio financeiro à espôsa e filhos. O ordenado mensal seria calculado na base do salário mínimo e conforme os predicamentos profissionais do favorecido. Por exemplo, autorizando-lhe, fora do presídio, a trabalhar em construção de estradas, obras de saneamento ou em outros serviços públicos ou, ainda, dependendo de sua conduta carcerária, até mesmo, em emprêsas privadas, satisfazendo uma execução criminal que não prejudicará a manutenção familiar ou seja, «in concreto», impedindo que os efeitos da pena ultrapassem a pessoa do delinqüente.

A instituição dessa permissibilidade, quanto ao trabalho e recursos pecuniários decorrentes, seria um corolário da execução da sentença condenatória nos moldes recomendados pelo 1º Congresso de Penitenciárias Abertas», realizado na cidade de Genebra em 1955. A respeito dessa permissibilidade para trabalhos exteriores remunerados, já existem, na Alemanha Ocidental — Frankfurt (Mein) — experiências felizes, onde... todos os internos da «Casa Gustav Radbruch», com exceção daqueles cujos serviços são necessários dentro da penitenciária, saem diàriamente **para trabalhar fora,** na indústria, em construções, na agricultura ou em repartições federais ou municipais. Pequena parte dêles tem permissão para, sob vigilância exercida **pelos patrões,** trabalhar na colheita, em fazendas perto da penitenciária» — «...Deve-se assinalar, ainda, que os recolhidos da «Casa Gustav Radbruch» vão para o trabalho externo em pequenos grupos (10, 15, 20, homens), na companhia de guardas; que, pelo serviço prestado, recebem diárias de 1 a 2 marcos (o marco vale cêrca de 700 cruzeiros antigos), e um pecúlio, quando são liberados, e **que suas famílias são atendidas pela assistência social»** 11 (grifei).

2ª) Instituição de um «auxílio-família», calculado em tôrno do salário mínimo e de acôrdo com o número de dependentes e, quando necessário, o «auxilio-médico-hospitalar». Também concessões de bôlsas para o ensino primário ou superior dos filhos do sentenciado e, através de serviços sociais competentes, educação familiar obrigatória. Com êstes últimos cuidados, evitar-se-ia que crianças e adolescentes palmilhassem o caminho do vício e da ociosidade, cujas conseqüências são notórias.

8. Como fontes de recursos, para êsses fins previdenciários, com legislação especial regulando as formas de arrecadação e aplicação, poderiam ser estatuídas taxas específicas, como já existem contribuições em benefício das atividades do SESI, SENAC, LBA, INDA e outras tantas, endereçadas aos programas de trabalho que fôssem adotados para serem concretizados por aquêles que, condenados, comprovadamente, não tivessem outras fontes de recursos fora aquêles auferidos pelo seu trabalho pessoal e cuja família, despojada da sua origem de rendas, ficasse à margem ou sem condições de subsistência. Enfim, se realizaria, como para outros casos se faz uma sindicância social.

9. Aliás, a respeito da assistência social «...com a finalidade de promover meios de amparo **à família** dos recolhidos e orientar a vida comunitária dêstes por condições condignas e à semelhança, quanto possível da existência livre...», tratou o Anteprojeto de Código Penitenciário, oferecido em 1957 por uma comissão especial, composta de ilustres membros, incumbida dêsse mister pelo Ministério da Justiça.12 Bem assim, referido código, preocupado em prescrever normas úteis, traçou o caminho destinado ao trabalho penitenciário, a fim de que «. .para a garantia do homem, que o trabalho dos recolhidos obedeça aos requisitos de segu-

11. "Três Penitenciárias Alemãs", A. B Cotrim Neto, "Revista Jurídica" n. 103, págs. 734 e 735.

12. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Anteprojeto do Código Penitenciário art. 79 e segs.

rança e higiene, previstos na legislação trabalhista. As linhas gerais desta se acomodam ao Projeto. Assim, ao consagrar o trabalho de 8 horas, com exceções necessárias, os dias para descanso e o salário adicional ou dia de folga, no caso de excesso de horas em domingos e feriados». Mais recentemente, no seu Anteprojeto de Código das Execuções Criminais, o ínclito Roberto Lyra, que já fizera parte da comissão autora da proposição atrás referida, tratando da «Assistência às Famílias dos Presos e Internados», propôs que «o serviço social velará pela assistência **moral** e **material** às famílias e demais dependentes dos presos e internados» (art. 196 — grifei). «O Regulamento Federal das Execuções Penais disciplinará o **auxílio-prisão** para estender a norma de previdência social às famílias e outros dependentes dos presos e internados não compreendidos por aquela norma» (art. 198 — grifei).[13]

10. Outrossim, ilustrativamente, mostrando a magnitude do problema e da necessidade de não negligenciar, no sentido de que a família do presidiário não fique desatendida e aos dissabores sociais, informo que, no Estado da Califórnia — EUA — o Departamento do Bem-Estar Social auxilia as famílias, não só dos recolhidos, mas também, a família da vítima ou a esta própria, com aproximadamente a mesma importância paga a título de seguro do desemprêgo.[14] Nesse particular, a nossa Lei Orgânica da Previdência Social (lei n. 3 807), provendo a subsistência mínima dos dependentes do recluso, estatui que «aos beneficiários do segurado detento ou recluso que não perceba qualquer espécie de remuneração da emprêsa, e que houver realizado no mínimo 12 contribuições mensais, a Previdência Social **prestará auxílio reclusão** na forma dos arts. 37, 38, 39 e 40 desta lei» (art. 43 — grifei). Sem embargo, trata-se de evidente progresso em benefício da assistência às famílias dos presos e internados.

11. Encaminhadas, como informações ou sugestões, as duas formulações aqui expressadas, particularmente, tenho que a primeira, pela sua simplicidade e possibilidade de rápida implantação, aliada às peculiaridades nacionais, seria mais conveniente e objetiva, autorizando, por certo, a convicção de resultados compensadores e viáveis, alicerçando um sistema executório penal, reclamado.

12. Contra essas pretensões, tanto a primeira hipótese como a segunda, poderá argumentar que o culpado das conseqüências é o próprio criminoso, devendo, por isso, correr por sua conta e risco os resultados danosos, pelos efeitos da pena, causados à sua respectiva família. Mas, de outro lado, também, pode-se indagar se a sociedade não tem responsabilidades definidas com os seus membros? Se ao Estado-juiz não cumpre evitar que os efeitos da pena ultrapassem da pessoa do delinqüente? Poder-se-ia, mais, contraditar aquela argumentação, contrária às formulações projetadas, caso viesse a afirmar que, dentro do nosso sistema progressivo de cumprimento da pena, o criminoso, nas colônias agrícolas ou profissionais, tem «oportunidade» de se reencontrar com a família, respondendo que, no tocante à extensão penal, não se fala de «**oportunidade**» e sim de «**legalidade**». E, ainda, quanto às colônias agrícolas ou profissionais como ficam os familiares dos recolhidos até que às mesmas sejam êles promovidos?

13. E, de qualquer forma, quanto à responsabilidade social em relação ao delinqüente, é afirmativo que ela é evidente e que o Estado-juiz não deve se dar realizado ou satisfeito simplesmente sentenciando o criminoso. Na sua augusta missão de juiz, individualmente, responsabilizado o autor do ilícito penal, cabe-lhe, também, a obrigação de tutelar os membros da família do mesmo, sob pena de alargar o conceito do castigo, aplicando-o coletivamente. A família deve estar a salvo, porque ela tem o direito à proteção dos Podêres Públicos (art. 167, Constituição Federal). Tanto assim e, partindo-se dêsse dever público e do direito familiar, que, em referência ao funcionário público civil da União, quanto ao seu vencimento ou remuneração, mesmo condenado, se lhe asseguram «2/3 do vencimento ou re-

13. Anteprojeto do Código das Execuções Criminais, "Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal", n. 3, outubro-dezembro de 1963.

14. Sansão José Loureiro, "O Auxílio Financeiro à Vítima ou à sua Família", Jornal "A Gazeta do Povo", de 16.1.1966.

muneração, durante o período do afastamento em virtude de condenação, por sentença definitiva, a pena que não determine demissão» (n. IV, art. 122, lei n. 1.711, de 1952). Bem se nota a preocupação de não se retirar os meios necessários à manutenção familiar, que não deve, indiretamente, sofrer qualquer sanção ou efeitos daquela aplicada ao condenado. A propósito, o Código Penal Militar, versando sôbre a aplicação, execução e efeitos das penas, numa compreensão elogiável do problema, ainda que incipientemente, como assim também é enfrentado pelo Estatuto dos Funcionários, como acima se anotou, assegurando condições materiais de manutenção, estatui que «a pena de reforma sujeita o condenado à situação de inatividade **com direito à percepção** de 1/25 do sôldo, por ano de serviço, não podendo, entretanto, receber importância superior à do sôldo» (art. 46).

14. Inegàvelmente, as sociedades têm o direito e a necessidade de aplicar as penas aos que violam a ordem estabelecida, como decorrência da própria experiência universal. Porém, essa aplicação, consoante se demonstrou, não pode fugir dos limites da responsabilidade individual. Donde ser necessária a criação, consciente, de um sistema de pesos e medidas contrários a essa extensão. Sòmente a pena individualmente e corretamente aplicada dará a noção perfeita de justiça!

15. Sob outro prisma, uma suposta imoralidade das soluções aventadas seria inaceitável, porque mais imoral será deixar sem nenhum amparo o grupo familiar sem renda própria e sem condições de garantir o sustento necessário. Imoral e injusto é largar no abandono a espôsa e filhos do condenado, sofrendo reflexos penais indevidos: filhas prostituídas, filhos enveredados pelo caminho do vício, mendicância, ausência de meios para alcançarem a escola, sujeitos às doenças e contaminações; enfim, família destruída, sob o olhar complacente de uma sociedade que se apresentaria como insensível ou convenientemente acomodada. Urgem medidas destinadas a evitar essas explosões lastimáveis da pena, cujos efeitos, por motivos já condensados, não recebem e nem podem receber o beneplácito do direito e da moral. Esses efeitos, de forma expressa, estão estatuídos no art. 74 do CP, patenteando que quaisquer outros são ilegais porque sem a chancela da lei.

16. As novas realidades sociais, tendo a família como centro de atenção especial, não podem passar indiferentes ao magistério penal. Demonstram que é impositivo que se garanta, em qualquer circunstância, a dignidade do homem. Em qualquer campo ela tem que ser mantida ou sofrerá, pelo desamparo ou desídia, a própria sociedade. A família do sentenciado pertence a essa sociedade que não pode desconhecê-la ou atendê-la como uma coletividade diversa. Faz parte da mesma coletividade que tem necessidades gerais e comuns. Por isso que, Mozart Victor Russomano, sustentou que «...para satisfação de certas necessidades pelásgicas, inerentes à dignidade do homem, podemos e devemos exigir do próximo **e da coletividade** os bens que não possuímos, que não são nossos, sôbre os quais não poderíamos, a rigor, nos moldes tradicionais do individualismo jurídico, exercer nenhum direito subjetivo de propriedade ou de gôzo».[15] Tem, assim, a família do presidiário, sob qualquer aspecto, o direito de ser previdenciàriamente atendida, a fim de que não seja colocada à margem da sociedade, sobrevivendo em condições intoleráveis e abaixo da dignidade humana, como vítimas de uma ordem jurídica que passaria a ser injusta, porque ela nada deve e nenhuma responsabilidade tem na quebra da norma penal que autorizou o apenamento de terceiro culpado (grifei acima).

17. Diante dessa situação angustiante, durante o 2º Congresso Latino-Americano de Criminologia, realizado em Santiago do Chile, candente foi o eminente penalista Nélson Hungria ao afirmar que «... pior que os crimes, como causas e efeitos dos desajustamentos sociais, são as condições das vítimas inocentes, e a indiferença **pela família do delinqüente**, e a sorte das espôsas e filhos arrastados à perdição e à miséria, e a inutilização do homem atrás das

15. "Comentários à Lei Orgânica da Previdência Social", vol. I, pág. 23.

grades das prisões primitivas, e a acumulação de fôrças negativas no seio da coletividade». 16

Do Estatuto do Condenado

1. Torna-se, dessa maneira, legítimo, em consagração de necessidade imperiosa, o estabelecimento do «Estatuto do Condenado», alinhado concretamente pelas motivações destacadas e, até mesmo, por pressão subjetiva da sociedade, adotando providências voltadas à família do criminoso, como veículo legal para impedir que o respectivo grupo familiar, por extensão ilegal e imoral, seja violentado por efeitos penais que não podem sair da esfera da responsabilidade individual do delinqüente, carreando, àquele grupo, necessidades materiais iniludíveis, numa espécie de «confisco» de condições garantidas, como direitos individuais, no convívio social.

2. A edição dêsse estatuto, em absoluto, significará um favorecimento incentivador da criminalidade ou privilégio censurável aos delinqüentes. Não só pelas razões aludidas, mas, também, porque será um instrumento contra a ilegalidade e um escudo de proteção contra abusivos reflexos penais à família do condenado, servindo para conter, dentro dos seus exatos limites, o conceito da proporcionalidade da sanção repressiva, presente na consciência da sociedade e doutrinàriamente conforme os preceitos penais dominantes. Tornará verdadeira a intenção de que a pena seja aplicada ao criminoso e **só a êle**, materializando uma real individualização punitiva. Então a pena será proporcionada, moralizadora e individual, correspondendo à noção de justiça que se desenvolveu e se enraizou no pensamento universal. Deixará de sujeitar afins do sentenciado a resultados injustos e ilegais, que acabam por se converter em labéu até ao bom nome da família.

Conclusão

1. Na Declaração dos Direitos do Homem está disposto que «todo homem como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esfôrço nacional, pela cooperação internacional e de acôrdo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais, indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade». Bem se observa, assim, que tôdas as fôrças se congregam, objetivando a segurança social do homem e, portanto, como se acomodar diante da insegurança social da família do condenado, deixando-a à míngua de meios indispensáveis à mantença da sua dignidade, desconhecendo-se os seus direitos econômicos, sociais e culturais?

2. De outra sorte, as sanções penais, no mundo das relações humanas, não devem extravasar além da pessoa do delinqüente, sob pena de ver-se armada uma «vendetta» social contra a família do sentenciado, o qual, em sucessão de sua responsabilidade individual, já recebeu a pena julgada suficiente. Por isso, quando os efeitos da pena ultrapassam da pessoa do delinqüente, também, pòr conclusão, ultrapassa-se da sua responsabilidade individual, construindo-se uma forma inovada de responsabilidade coletiva. A sanção deixa de ser pessoal, para se tornar, em ação ilegítima contra grupos, desservindo à ordem social e fugindo dos limites ditados à incidência das regras jurídicas penais, quanto **a responsabilidade individual**. A Justiça deve ser igual a todos, **mas sob a lei.**

3. O direito deve, sempre, se preocupar com o bem comum, não envelhecendo. Procurando reger os fatos humanos e sociais de nossa época, através de relações práticas e eficientes, em benefício da própria ordem jurídica e da dignidade humana. Não se cuidou, aqui, de se levantar um dramático apêlo, mas, isto sim, de formular um desafio à reformulação da nossa técnica punitiva. A sociedade ao marginalizar o cidadão, recolhendo-o ao presídio, também está privando, quase sempre, uma família do seu chefe, do seu ponto de apoio para sobreviver. Impõe-se, dessa forma, que se trate, paralelamente, da estabilização do organismo familiar, sob pena de, ao invés de se marginalizar apenas um, marginalizar-se uma família. Cumpre encontrar-se uma solução de direito, mais humana, para que a sobrevivência familiar do encarcerado não

16. "Comentários ao Código Penal", vol. II, pág. 96, Texto em espanhol com tradução livre.

seja sufocada definitivamente pela carência de meios ou de um sistema voltado à sua estabilização social.

Observação Final

1. De propósito, e, noutra ocasião, que não esta, será abordado o problema da família da vítima e dela própria, de vez que, quanto a êles, é possível a reparação civil do dano causado pelo sujeito ativo do ato do ilícito penal. A respeito, ainda recentemente, foi amplamente divulgado que um juiz, do Estado do Rio de Janeiro, condenou o culpado, por um desastre de tráfego, a pagar pensão vitalícia à viúva da vítima. A condenação consistiu na obrigação de uma emprêsa de transporte coletivo em pagar a pensão mensal arbitrada e sujeita a correção monetária, na forma dos índices correlatos. 17

2. Disso depreende-se que a situação, quanto aos recursos legais, da família ou da própria vítima, dentro da legislação em vigor, já encontra amparo. Por êsse motivo, essa problemática, em trabalho autônomo, terá que ser tratada com outro relêvo e consoante outros aspectos e diversos daqueles enfocados no assunto objeto do desenvolvimento aqui realizado.

17. Sentença do Juiz da 2ª Vara Cível de Niterói, que condenou a Emprêsa de Ônibus Nova Cidade, a pagar pensão mensal de NCr$ 467,00 mais a correção monetária incidente, em favor da viúva Maria Fiólogo Silva.