

O CUSTO SOCIAL DE UMA LEGISLAÇÃO PENAL EXCESSIVAMENTE LIBERAL

SERGIO DEMORO HAMILTON

Procurador de Justiça no Estado do RJ e Diretor da Revista do Ministério Público

*“O Direito Penal é um sistema jurídico de dupla face, que protege a sociedade contra a agressão do indivíduo e protege o indivíduo contra os possíveis excessos de poder da sociedade na prevenção e repressão dos fatos puníveis.”**

1. O eventual leitor de meus modestos escritos deve ter plena consciência da luta que, há muito, tenho sustentado em relação aos perigosos caminhos que nossa legislação processual penal vem tomando desde o final da década de setenta até os nossos dias. Nela, o réu vem sendo, generosamente, contemplado com sucessivas benesses de todas as espécies em detrimento da sociedade ordeira e em flagrante desrespeito às vítimas de crime. É certo que muitas dessas concessões decorrem de mera adaptação do Código de Processo Penal às profundas modificações ocorridas no Código Penal nas últimas três décadas. Dessa maneira, embora a abordagem da matéria, que aqui se fará, esteja voltada basicamente para as leis de processo, uma possível mudança de rumo em nossa legislação importará em igual transformação da lei penal material, pois muitos dos temas aqui versados apresentam-se mistos, tratados que são em ambas as leis. Aliás, em um ou outro caso, a própria Carta Política terá que merecer emenda.

2. Dois são os argumentos principais dos corifeus da corrente liberal, amplamente vitoriosa em nossa legislação.

Com palavras candentes, TOURINHO¹ fustiga a prisão-pena, salientando a posição falencial em que se encontra na atualidade. Salienta o eminente

* ANIBAL BRUNO, **Direito Penal**, Parte Geral, Tomo 1º, p. 18/19, Forense, Rio, 3ª edição, 1967.

¹ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, **Código de Processo Penal Comentado**, v. 1, p. 513/514, 5ª edição, 1999, Editora Saraiva.

te mestre do processo penal “que a pena não reeduca, não regenera, não ressocializa, não tem o poder de reinserir o cidadão no meio social. Pelo contrário, perverte, embrutece, animaliza o homem. Como pode adaptar-se ao meio social aquele que está vindo de irritante promiscuidade com a marginalidade? Já se disse que as casas de detenção são a universidade do crime e que nas penitenciárias se faz a pós-graduação”.

O segundo argumento não se prende, necessariamente, ao aspecto ético ventilado no primeiro, mas, sim, a razões de ordem econômica, partindo do princípio segundo o qual o Estado não teria condições de construir e manter penitenciárias e casas de detenção em todo o Brasil. Aplicar-se-ia o brocardo *ad impossibilia nemo tenetur* como justificativa para o afrouxamento das leis. O fundamento, como de fácil observação, reveste aspecto puramente prático: impossibilidade material para a manutenção dos presos e para a construção de estabelecimentos penais.

Em razão de tais considerações, o legislador viu-se obrigado a buscar medidas alternativas para suprir a prisão-pena, providências estas que iriam desempenhar o papel da pena sem, no entanto, sacrificar o direito de liberdade.

3. A primeira das razões invocadas, sem dúvida séria e respeitável, merece algumas considerações.

Nota-se em nossa legislação uma nítida tomada de posição referente ao fundamento jurídico e filosófico da pena. Sabe-se que as teorias da retribuição estão fundadas em uma exigência de justiça segundo a qual a sanção penal tem por finalidade a expiação do crime, traduzida na máxima *punitur quia peccatum est*.² Em contrapartida, as teorias de prevenção atribuem à pena uma finalidade prática, de defesa social, objetivando o reajustamento ou inocuização do delinqüente, reveladas pela máxima *punitur ne peccetur*.³ Destas duas correntes de pensamento surgiram as chamadas “Escolas Ecléticas”, defendendo uma teoria mista, que, embora coloque em primeiro plano a retribuição, junta a esta a função de reeducação do criminoso.⁴

² É a posição da Escola Clássica, com CARRARA, PESSINA e outros, na Itália, e KANT, HEGEL e BINDING e seus seguidores, na Alemanha. A função retributiva da pena sobrepõe-se a qualquer outro fim atribuído àquela sanção, retribuição esta que tem caráter moral (para KANT) ou caráter jurídico (para PESSINA e HEGEL). Para um estudo aprofundado do tema consulte-se ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo 1º, Forense, Rio, 3ª edição, 1967, p. 79 e seguintes.

³ Corrente defendida por grandes nomes do Iluminismo, tais como BECCARIA, CARMIGNANI, FEUERBACH e pela Escola Positiva Italiana, *apud op. cit.*, in nº 2 destas Notas.

⁴ *Apud op. cit.*, in nº 2 destas Notas.

Tais considerações, muito breves, vêm à baila em função do que se ouviu dizer, na atualidade, em matéria de pena privativa de liberdade. As frases mais repetidas são aquelas: “a prisão não recupera”, “a prisão avilta o homem”, “precisamos criar mais penas restritivas de direito” *et quid genitu*. Como a pena-prisão não cumpre a sua finalidade regeneradora, então, como “solução”, vamos soltar todo o mundo. É por tal razão que aqueles que deviam estar atrás das grades andam pelas ruas a praticar crimes gravíssimos ao passo que o homem de bem vive cercado por grades em sua moradia. Experimente-se dar um passeio pelo Rio de Janeiro e se verá um número incontável de casas e condomínios cercados por grades ao lado de uma parafernália de dispositivos eletrônicos protetores. Tal fato seria inimaginável há alguns anos atrás. Vejo nesta situação a constatação óbvia de uma relação de causa e efeito entre a impunidade generalizada e a escalada da violência. Qualquer observador, não de todo alienado, que, pelo menos, leia a manchete dos jornais, constatará, com facilidade, o clima de guerra e de terror em que vivemos. Todos temos familiares, amigos ou, pelo menos conhecidos, que já passaram por sérias agruras em razão de tal estado de coisas.

Mediante sucessivas capitulações do legislador, sempre concedendo mais e mais favores para o crime e para os criminosos, vamos, aos poucos, entregando ao Minotauro uma donzela atrás da outra.

O argumento, sempre renovado e nada original, consiste em dizer que a prisão não recupera o homem, só servindo para pervertê-lo ainda mais. Admitindo como verdadeira tal afirmação, para o fim de argumentação, observa-se, em tal posicionamento, uma visão unilateral sobre a pena-prisão: recuperar o preso para reinseri-lo no meio social. Ora, os defensores de tal opinião põem no olvido que a privação da liberdade individual do criminoso tem, igualmente, o caráter de expiação pelo crime praticado. É a dupla face de que nos fala ANIBAL BRUNO (cf. “Epígrafe” do presente estudo) ao referir-se ao Direito Penal como sendo um sistema jurídico com dupla finalidade: de um lado protegendo a sociedade contra a agressão do criminoso e do outro resguardando o indivíduo contra possíveis excessos do Estado na punição do faltoso.

Se o nosso sistema penitenciário não atende de forma satisfatória às finalidades de recuperação do criminoso (e haverá algum sistema ideal?), tentemos torná-lo melhor. A sociedade é que não pode pagar o preço pela falta de uma diretriz para a solução do problema por parte dos responsáveis

pela política penal adotada em nosso País. Atualmente, só estão presos os condenados da maior periculosidade, os plurireincidentes e os criminosos habituais, em razão da orientação liberal seguida por nosso legislador. E os resultados nefastos de tal política criminal estão à mostra; só não vê quem não quer. A recente Lei 9.714, de 25.11.98, permite que traficantes cumpram pena em escolas e orfanatos! Será preciso dizer mais?

A prisão é, sim, necessária para os fatos típicos mais graves envolvendo criminosos empedernidos e de maior periculosidade. A legislação penal e processual penal, na atualidade, por ser excessivamente liberal, propicia toda a sorte de favores para condenados que, na realidade, não poderiam estar à solta. E os criminosos já sabem que, em pouco tempo, estarão de volta às ruas para praticar novas infrações penais. A prisão perdeu seu caráter intimidativo, faz muito. Repito: não é promulgando leis para soltar *tout le monde* que o problema estará sendo resolvido. Pode até ser mais fácil e menos oneroso, financeiramente, para o Estado. Porém, o custo social para a sociedade, cada vez mais acuada, cada vez mais amedrontada, cada vez mais exposta à sanha criminosa, revela-se incomensurável.

Observe-se, ainda, que muitos mandados de prisão, por razões diversas, não são sequer cumpridos, deixando à solta delinquentes da maior perigosidade. Os motivos de tal omissão demandariam, por si sós, acurado exame, que escapa aos lindes deste estudo.

4. A segunda razão para a política criminal que vem sendo seguida em nossas leis invoca razões práticas: não há recursos financeiros por parte do Estado para a edificação e conservação de estabelecimentos penais e, muito menos, para a manutenção dos presos. Daí que o legislador partiu para a busca de soluções alternativas, evitando sacrificar o direito de liberdade, sem deixar de punir o infrator da lei penal.

Desde logo, impõe-se uma observação: **sempre que possível**, a prisão deve ser evitada; não, porém, da forma com que nossas leis vêm tratando a matéria. A prisão é um mal necessário e, como tal, inevitável.

Mas será mesmo que há falta de recursos para a construção e manutenção de penitenciárias, presídios, casas de albergado ou hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico?

Com a palavra TOURINHO:⁵

⁵ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, **Código de Processo Penal Comentado**, v. I, p. 514/515, Editora Saraiva, 5ª edição, 1999.

*“As prisões brasileiras, e inclusive as nossas penitenciárias, poderiam ser bem melhores, não fossem os ralos por onde, vergonhosa e impunemente, escoam os dinheiros públicos. O FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional), instituído pela Lei Complementar n. 79/94, dispõe de recursos mais que suficientes para dar melhores condições de vida aos presos. Constituem recursos para esse Fundo, dentre inúmeros outros previstos no art. 2º do citado diploma, as multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado, as fianças quebradas ou perdidas, em conformidade com a lei processual penal, 50% do montante total das custas judiciais recolhidas em favor da União Federal, relativas aos serviços forenses, 3% do montante arrecadado dos concursos de prognósticos e dos sorteios das loterias no âmbito do Governo Federal etc. ... Nesses sorteios estão a **loteria esportiva, quina, sena, mega sena, super sena, a loteria federal de quarta-feira e de sábado**. Três por cento do total arrecadado deve ser uma fábula. Apesar disso, a União não dispõe de uma única penitenciária federal. E as estaduais, mesmo nos Estados mais ricos da União, deixam a desejar”*. (destaques meus).

Será preciso dizer mais e melhor?

Portanto, não passa de falácia a alegação, tantas vezes repetida, de que “falta dinheiro” para construir e manter as prisões.

Dessa maneira, ofende o sentimento cristão e humanitário de qualquer pessoa movida por amor ao próximo constatar que nossas penitenciárias, casas de detenção e cadeias de um modo geral não passam de depósitos de presos, onde, muitas vezes, não existe, sequer, um lugar para dormir, onde os detentos, vestidos aos farrapos e de forma andrajosa, vivem amontoados, numa promiscuidade estarrecedora. É evidente que tudo isso ofende a dignidade da pessoa humana, assegurada em nossa Lei Maior (art. 1º, III). Na matéria, deve-se ter em mente o ensinamento cristão, tão difundido pelos doutores da Igreja: odeia o pecado, mas ama o pecador.

Tenho como imoral a situação das nossas prisões!

5. Mas não basta apontar defeitos; impõe-se propor soluções. Elas, no meu entendimento, podem desenvolver-se sob duplo aspecto: o primeiro de ordem material; o segundo através de uma reforma da legislação (penal

e processual penal) tendo por fim a corrigir as distorções apontadas (1, 3 e 4, *supra*). Nem mesmo o Texto Magno, aqui e ali, escapará de emenda.

No campo material, a solução virá através da construção de prisões que respeitem a dignidade da pessoa humana. A síntese acima diz tudo. Não basta, porém, atentar, somente, para o conforto material mínimo dos presos como exige a LEP em diversas passagens. Torna-se necessário o recrutamento de pessoal habilitado para com eles lidar. Se a vida fora das grades já é extremamente difícil, que dizer do convívio diário entre pessoas conflituosas e problemáticas como são os presos? Mas isto é um problema que remeto aos penitenciariastas, mais habilitados, sem dúvida, para pôr em equação a complexa matéria.

Com esta série de providências estaríamos, não há negar, cumprindo os ideais do Iluminismo: *punitur ne peccetur*.

6. A outra solução abrangeria uma tarefa hercúlea do legislador, buscando aprimorar nossa legislação, ao coibir os excessos de liberalidade nela contidos, sem deixar ao desamparo o condenado que fizesse jus aos benefícios legais no objetivo de ver resgatada a sua almejada liberdade.

Impossível será enumerar todas as propostas que me parecem válidas no sentido de escoimar dos textos legais os abusos neles inseridos nos últimos tempos através de sucessivas leis, sempre ampliando benefícios para o réu e/ou condenado. A relação de providências aqui alvitradas será, assim, meramente enunciativa não revestindo, nem de longe, a pretensão de esgotar o *thema*. São medidas que, no meu pensar, podem, agora, ser tomadas, uma vez que tramitam no Congresso vários projetos envolvendo o Código de Processo Penal. É certo que algumas delas importarão na alteração do Código Penal por versarem sobre os chamados assuntos mistos, isto é, reúnem matérias reguladas, em comum, na lei penal material bem como na lei penal instrumental.

Passo, assim, a enumerá-las:

a) – não tem sentido a manutenção do valor da fiança nos moldes atuais. Ele é simplesmente ridículo. A liberdade provisória com caução deve sofrer profunda reformulação. Nessa ordem de idéias, merece aplauso a redação proposta no Anteprojeto sobre a “Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade”. Nele, ao tratar do valor da fiança, o art. 325 passa a regulá-lo em função do salário mínimo (1 a 10, 5 a 100, 10 a 200 salários mínimos, variando o valor em função da pena de prisão fixada no seu grau máximo). Estabelece, ainda, o parágrafo único do dispositivo em questão que, se assim

o recomendar a situação econômica do réu, a fiança poderá ser aumentada, pelo juiz, até o décuplo (inciso II). É certo que a Constituição Federal, no art. 7º, inciso IV, veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, valendo o registro de que a Lei 6.205, de 29.4.75, muito antes da entrada em vigor da atual Constituição, já estabelecia a descaracterização do salário mínimo como fator de correção monetária. Assinale-se, ainda, que há notícia na jurisprudência da admissão do salário mínimo como indexador de obrigações salariais (TST. RR 168477/MG. Rel. Min. **Leonardo Silva**, 4ª Turma. Decisão de 13.12.95. DJ. 1 de 23.02.96, p. 3812). Segundo ficou assinalado no referido julgamento, o “art. 7º, IV, da Carta Magna tem por finalidade obstar a vinculação do referido parâmetro como fator de indexação para obrigações sem conteúdo salarial ou alimentar”.⁶

Fica, portanto, a indagação a respeito da constitucionalidade da medida proposta no Anteprojeto. Ela é útil? Sim. Ela é oportuna? Sem dúvida. Resta saber se não seria o caso de tentar-se um outro parâmetro para fixar os valores da fiança, evitando futuras discussões, que acabariam pondo por terra uma providência salutar e moralizadora do instituto da fiança. Como está, na atualidade, não pode ficar;

b) – o art. 594 do CPP precisa ser repensado. A chamada “Lei Fleury” necessita de retoques, objetivando seu aperfeiçoamento. Dois pontos poderiam ser acrescidos ao dispositivo: o primeiro voltado para a “conduta social” do recorrente; o segundo para a “gravidade do crime”. O réu condenado pode ser portador de bons antecedentes, porém apresentar má conduta social. A conduta social seria aferida no momento do recurso nada tendo a ver com o fato criminoso em si. Para tanto, o juiz do primeiro grau de jurisdição deveria, quando do exame das circunstâncias judiciais do crime (art. 59 CP), examinar tal aspecto da personalidade do réu, voltando a fazê-lo no momento do recebimento do recurso para o fim de conceder ou não o apelo em liberdade. Em função do que resultasse de tal análise, o réu poderia merecer ou não a benesse. Assinale-se que a má conduta social deveria revestir-se de certa notoriedade.

O segundo ponto que o art. 594 do CPP poderia sofrer relaciona-se com a “gravidade do crime”. Há infrações penais que demonstram grave distorção de personalidade e indicam tratar-se o acusado de indivíduo da maior perigosidade. Dessa forma, ainda que primário, de bons antecedentes

⁶ A Constituição na Visão dos Tribunais, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 1, p. 183, Editora Saraiva, 1997.

e de boa conduta social, o réu, em tais casos, não poderia apelar em liberdade. A fiança não mereceria cogitação em tal hipótese pois ela só pode ter incidência se o crime for afiançável, o que não ocorreria em infração penal da maior gravidade.

A questão da magnitude da lesão em matéria de prisão preventiva, no momento em que estas linhas estão sendo escritas, está sendo objeto de discussão perante o Pretório Excelso por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 80.717-SP em que se pretende ver reconhecida a ilegalidade de prisão preventiva de paciente acusado da prática de crime contra o sistema financeiro nacional definido na Lei dos Crimes do “Colarinho Branco” (Lei 7.492/86), fundada a cautelar pessoal na magnitude da lesão causada, nos termos do art. 30 da mesma Lei. (“Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a **prisão preventiva do acusado** da prática de crime previsto nesta Lei **poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada**”) [destaques meus]. O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence**, relator, considerou que a “magnitude da lesão”, por si só, não é motivo suficiente para justificar a prisão preventiva sem a ocorrência dos requisitos do art. 312 do CPP. O julgamento acabou adiado em virtude do pedido de vista da doutra **Ministra Ellen Gracie** (em 03.05.2001). Veja-se, a propósito, o “Informativo STF”, nº 226, in DOERJ, Parte III, de 10.05.2001, p. 8.

No presente estudo, propõe-se, expressamente, que o art. 594 do CPP possa ensejar ao juiz a possibilidade de negar o apelo em liberdade do réu em razão da gravidade do fato e da grandeza da lesão causada à ordem jurídica;

c) – os prazos para a progressão do regime prisional exigem urgente revisão.

Com efeito, dispõe o Código Penal que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas de forma progressiva, segundo o mérito do condenado”... (art. 33, § 2º). Por seu turno, o art. 112 da LEP, ao versar sobre os regimes, autoriza a transferência para regime menos rigoroso, quando o preso houver cumprido, ao menos, um sexto da pena. A progressão, como sabido, tem por finalidade a reinserção social do condenado no mundo livre onde um dia ele voltará a viver. Ela é forma de cumprimento da pena o que faz pressupor a existência de execução penal, isto é, do trânsito em julgado da sentença que aplicar pena privativa de liberdade (art. 105 LEP). Por tal

motivo, afirma MIRABETE⁷, “não tem direito a ela, evidentemente, o preso provisório”. Pois bem: a fração de um sexto para a obtenção da progressão do regime prisional parece-me excessivamente generosa para com o condenado. Um terço seria, ao meu alvitre, medida de bom tamanho. Tal proposta decorre da minha experiência como Procurador de Justiça por vários anos, inicialmente perante o Tribunal de Alçada Criminal-RJ (hoje extinto) e, posteriormente, junto ao Tribunal de Justiça-RJ. Perdi a conta de feitos que chegaram à minha mão, onde presos, usufruindo de regime semi-aberto e aberto, eram surpreendidos em estado de flagrância praticando crimes da maior gravidade. O prazo atual, requisito objetivo da progressão, revela-se curto em demasia, impondo-se, destarte, sua ampliação.

É certo que, por força do art. 2º, § 1º da Lei 8.072, de 25.07.90, os autores de crimes hediondos, da prática de tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo não podem usufruir da progressão, devendo cumprir a pena em regime integralmente fechado. Para os demais condenados, no entanto, não se justifica a atual liberalidade da lei.

Para evitar a promiscuidade entre os presos, torna-se, por outro lado, importantíssima a classificação dos condenados, de maneira que cumpram as penas privativas de liberdade em estabelecimentos penais diferenciados: penitenciária (no caso de regime fechado), colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (no de regime semi-aberto) e casa de albergado (no de regime aberto), tal como determinam os arts. 34, 35 e 36 do Código Penal, respectivamente;

d) – dotar o Ministério Público de novas modalidades de recurso. Não se concebe, tal como ocorre com a legislação vigente, que os embargos infringentes e de nulidade do julgado sejam privativos da defesa (art. 609 parágrafo único do CPP). Em estudo antigo⁸ já verberava tal conduta do legislador, mostrando, inclusive, que o Código de Processo Penal Militar (art. 538), acertadamente, enseja tal recurso ao Ministério Público e ao réu. Naquela oportunidade, ressaltava que a manifestação recursal em tela somente deveria ficar vetada ao assistente do Ministério Público, que age no processo movido por interesses diversos daqueles que motivam a atuação do *Parquet*, sempre voltada no objetivo de obter um *fair trial*.

⁷ JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Execução Penal*, p. 283, Editora Atlas, 1992, São Paulo.

⁸ Para um exame mais pormenorizado da matéria, o eventual leitor poderá encontrar algum subsídio em meu trabalho “A Vassalagem ao Direito de Defesa”, in *Doutrina*, nº 4, 1997, p. 112/134.

Nesse campo, poderia ser conferido ao Ministério Público, igualmente, qualidade para exercer a ação de revisão criminal *pro societate* desde que a decisão absolutória estivesse fundada em **prova falsa**. Como de conhecimento geral, a revisão criminal (tratada no CPP como recurso) só pode ser proposta *pro reo*. A matéria já foi versada, com maiores cuidados, acompanhada de farta indicação bibliográfica, em trabalho que escrevi, faz muito.⁹

Com efeito, constitui regra moral – antes de ser jurídica! – a de que a ninguém é lícito valer-se da própria torpeza para dela usufruir vantagem, não importa qual seja. É velho brocardo, consagrado no direito, segundo o qual *nemo improbitate sua consequitur actionem*.

Também aqui far-se-ia do Ministério Público o **único** legitimado para a ação revisional, evitando, com a medida, que, eventualmente, o assistente da acusação dela pudesse fazer uso com finalidade subalterna (vingança, extorsão, interesse patrimonial *etc.* ...), pondo em risco a segurança jurídica do réu absolvido mediante decisão passada em julgado sem que para tal houvesse sólida razão. Impunha-se, do mesmo passo, que a prova falsa surgisse de forma inequívoca, legitimando a ação. Com tal providência buscar-se-ia também cumprir, de maneira precisa, o princípio da verdade real, tão decantado em matéria de prova no processo penal.

Ainda em termos de providências recursais, impõe-se a ab-rogação do Capítulo IV, do Título II, do Livro III, que trata “Do Protesto por Novo Júri”.

Trata-se de esdrúxula peculiaridade do nosso processo penal, que, talvez, em passado remoto encontrasse sua razão de existir, eis que provém do Código de Processo Criminal do Império de 1832 (art. 302). Tal se dava no tempo das penas de morte e galés perpétuas, enfrentadas através do Protesto.

Na atualidade, porém, trata-se de pura demagogia, a delongar, ainda mais, o cortejo de formalidades inúteis, típicas de procedimento do Júri. A sentença que contiver “erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança” pode ser corrigida pelo Tribunal mediante apelo da parte com fulcro no art. 593, III, “c” do CPP. Em tal situação a própria lei confere ao Tribunal o poder de retificar a aplicação da pena ou da medida de segurança (art. 593, § 2º do CPP);¹⁰

⁹ Remeto o interessado ao meu estudo, distante no tempo, “A Reforma do Processo Penal”, in **Ensaio Jurídico**, nº 6, p. 102/123, 1998.

¹⁰ *Apud op. cit.*, in nº 9 dessas Notas.

e) – coerente com a proposta externada no sentido de ampliar o prazo necessário para a obtenção da progressão do regime prisional, impõe-se, da mesma maneira, a modificação, para mais, dos prazos que autorizem a obtenção do livramento condicional, evitando, com isto, o retorno ao meio social de condenados que ainda revelem periculosidade manifesta. É preciso que o sentenciado sinta, por mais tempo, o dissabor da prisão para que possa dar mais valor à liberdade, não voltando a delinquir. Se ele sabe, como atualmente ocorre, que, cumprido um sexto da pena, já poderá usufruir de semi-liberdade, passando para um regime prisional menos severo e, pouco depois, já obterá livramento condicional, a privação da liberdade individual terá, em relação ao sentenciado, menos impacto. Por outro lado, a sociedade se verá mais protegida com o afastamento, por mais tempo, do seu meio de indivíduos realmente perigosos e, na atualidade, cumpre acentuar, somente eles encontram-se presos.

Na oportunidade, vale, mais uma vez, a observação tirada de minha experiência como Procurador de Justiça em Câmaras Criminais. Inúmeras vezes deparei-me frente a processos em que os réus cometeram crimes graves no gozo de livramento condicional. Não foi uma constatação rara, é bom que se assinale.

Portanto, no meu entendimento, deve exigir-se para o livramento condicional o cumprimento de mais da metade da pena em se tratando de condenado não-reincidente em crime doloso e de mais de 2/3 da pena para o caso de o sentenciado ser reincidente em crime doloso;

f) – o agravo em execução também não mereceu o melhor tratamento por parte da LEP. Nossa lei de execução penal, que prima pela minúcia em tantas passagens, não poderia ter sido mais parcimoniosa quando versou a respeito do procedimento judicial (Título VIII, arts. 194 a 197). Quando se ocupou do recurso das decisões proferidas pelo juiz da execução, estabeleceu que, contra elas, caberia agravo, **sem efeito suspensivo** (art. 197).

Seria este o melhor caminho?

Penso que não. Não se pode conferir à execução penal o mesmo tratamento que recebem os recursos interpostos na fase do processo de conhecimento. Neste, a regra é a liberdade provisória, com ou sem fiança, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII). A prisão cautelar só terá lugar quando presentes os requisitos que a ditam (art. 312 do CPP). No processo de execução dá-se, exatamente, o contrário, pois o sentenciado tem contra si uma sentença condenatória transitada em julgado.

Ele não é mais presumidamente inocente; ao reverso revela-se culpado em razão do título judicial que assim dispôs. Não estou, nessa oportunidade, a defender que todos os recursos do Ministério Público fossem dotados de efeito suspensivo na fase de execução. Porém, pelo menos em dois casos, deveria assegurar-se ao agravo efeito suspensivo; refiro-me à decisão concessiva de livramento condicional e à que defere a unificação de penas. São duas decisões de tamanha relevância que exigem a apreciação do Tribunal caso o Ministério Público venha a insurgir-se contra elas;

g) – rebaixamento da menoridade penal.

Não se justificam, na atualidade, as regras do art. 228 da Constituição Federal e 27 do Código Penal, que devem ser derogadas.

Um jovem de 16 anos, nos dias que correm, tem plena consciência de sua responsabilidade social. E tanto isso é verdade que o legislador dotou-o de capacidade para ser eleitor, podendo, como cidadão, eleger os representantes do povo no Congresso Nacional, na Assembléia Legislativa Estadual e na Câmara de Vereadores, bem como prefeitos, governadores e, até mesmo, o Presidente da República.

O Desembargador aposentado **Menna Barreto**¹¹, com rara felicidade, feriu o problema:

*“A ausência de responsabilidade penal para cidadãos de 16 anos e 17 anos de idade conduz a um **bill** de identidade injustificável, na medida em que se sabe ser o beneplácito da lei utilizado para o cometimento inclusive de crimes hediondos, não só por parte desses considerados menores, como, e principalmente, para efetivação da chamada autoria mediata, em que o criminoso maior usa o inimputável para a prática de crimes, máxime o de tóxicos, porque este não é punido e aquele fica a salvo da ação policial.”*

Trata-se de lúcida colocação do tema por parte de um magistrado que exerceu por longos anos a jurisdição criminal em nosso Estado, perante a 23ª Vara Criminal bem como junto à 2ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal-RJ (hoje extinto) e, posteriormente, na 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça-RJ.

¹¹ JOÃO DE DEUS LACERDA MENNA BARRETO, “Justiça injustiçada”, in **Boletim do 2º Ofício do Registro de Títulos e Documentos**, p. 3.

Poder-se-ia, isto sim, buscando atenuar a diminuição da menoridade penal, deixar que a lei estabelecesse a sanção penal aos 16 anos somente quando os crimes fossem praticados mediante violência ou grave ameaça, ou, ainda, nos casos de crimes hediondos, mantendo-se a menoridade aos 18 anos para os demais atos infracionais.

O assunto mereceu interessante observação por parte da Promotora de Justiça do Espírito Santo, Dra. **Angela Centurion Abranches**¹² analisado que foi por um novo ângulo. Salienta aquela ilustre colega do *Parquet* capixaba que, para aqueles que insistem em afirmar que somente a partir dos 18 anos de idade o jovem adquire a maturidade psicológica para bem distinguir o bem do mal, “seria salutar uma reflexão sobre condutas antes consideradas típicas em razão da menoridade das **vítimas** e que hoje já não condenam mais os agentes que as praticam”. Traz à colação o crime de sedução (art. 217 do CP), registrando que o anteprojeto do novo Código Penal não mais considera crime tal figura penal, partindo da constatação óbvia de que uma menor de 18 anos jamais pode ser tida como inexperiente a ponto de ignorar o que seja um ato sexual, assim como as conseqüências que possam advir da sua conduta.

Retira, então, da sua arguta observação a única conseqüência lógica possível:

“Por que entender que vítimas de dezessete anos ou menos podem ter amadurecimento mental e psicológico capaz de descaracterizar o crime ou inocentar um criminoso e não se entender que um jovem menor de dezoito anos tenha maturidade para compreender o que é um delito quando o pratica?”

E conclui:

“Dois pesos e duas medidas?”

O erudito ROBERTO CAMPOS¹³, do mesmo passo, tece severa crítica ao tratamento legislativo dispensado ao *thema*. São suas palavras:

¹² ANGELA CENTURION ABRANCHES, “Dois pesos e duas medidas”, in **Revista do Ministério Público**, órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 3ª fase, nº 4, Jul./dez.-1996, p. 36/37.

¹³ ROBERTO CAMPOS, “Criminalidade e sensatez”, in **O Globo**.

“Com a nossa capacidade de fazer maluquices em nome de boas intenções, criamos uma legislação de menores que é um tremendo estímulo à perversão e ao crime, ao fazê-los inimputáveis até os 18 anos. Recado para os saudosistas de esquerda: nos gloriosos tempos de STÁLIN, a pena de morte era aplicada a partir dos 12 anos de idade!...”

h) – modificação da Lei 9.714, de 25.11.98.

Tal diploma legislativo alterou, para mais, o **quantum** da condenação com vista à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direito (art. 44 do CP). Analisando tal absurdo, assim manifestou-se **Menna Barreto**¹⁴:

O elastecimento do **quantum** da condenação veio permitir que:

“autores de crimes como roubo, extorsão, seqüestro e cárcere privado, lesão corporal grave e seguida de morte e até tráfico de drogas, cumpram a pena em hospitais, escolas e orfanatos.”

Seria, sem dúvida, grandemente proveitosa a prestação de serviços à comunidade levada a efeito por um traficante em escolas... para ele, traficante!

Que belo mercado!

A legislação anterior só autorizava a aplicação da pena restritiva quando a sanção detentiva fosse inferior a um ano. Na atualidade ela alcança o patamar de quatro anos!

i) – controle **efetivo** das condições do **sursis**, do livramento condicional e das penas restritivas de direito.

Falo, aqui, ainda uma vez, fundado na minha experiência de ex-Promotor de Justiça da Vara de Execuções Penais. O controle que o juiz e o Ministério Público têm a respeito do **real** cumprimento do título judicial, naqueles casos, é, meramente, formal. Torna-se necessária, como propõe MENNA BARRETO¹⁵ a criação de funcionários do Estado destinados ao acompanhamento, orientação e fiscalização dos egressos e daqueles que cumprem penas restritivas de direito. É o que ocorre nos Estados Unidos com os

¹⁴ *In op. cit.* em o nº 11 dessas notas, p. 4.

¹⁵ *In op. cit.* em o nº 11, dessas notas, p. 3.

oficiais de *probation*. A atuação de tais funcionários não se limitaria a controlar se o título judicial estava realmente sendo obedecido; eles atuariam, também, ajudando, aconselhando e, até mesmo, protegendo, conforme o caso, o sentenciado, de maneira que o seu processo de reinserção no meio social se desse da forma mais completa possível. Tais funcionários atuariam subordinados ao Patronato cogitado no art. 139 da LEP.

7. Em recente entrevista concedida ao órgão de divulgação da Ordem dos Advogados-RJ, **Tribuna do Advogado**, o douto Promotor de Justiça-RJ, Dr. *Antonio José Campos Moreira*¹⁶ ressalta que “a sociedade clama por leis que a protejam”. O respeitado membro do Ministério Público fluminense, conhecido professor, integra a equipe formada pela “Conamp”, entidade nacional que congrega doze mil Promotores e Procuradores de Justiça, para acompanhar os trabalhos da comissão de reforma do Código de Processo Penal. Na referida entrevista o Professor *Antonio José Campos Moreira* deixa patente sua apreensão em relação aos anteprojetos em geral, pondo em relevo que “o espírito da reforma privilegia excessivamente os interesses do réu, transformando-o em um senhor de direitos absolutos, em detrimento do interesse estatal na repressão do delito”.

O ilustre entrevistado nada mais faz que constatar a tendência liberalizante notada em nossas leis penais nas últimas três décadas, conforme destacamos no início do presente estudo (1, *supra*).

O elenco de medidas aqui propostas não esgota, nem de longe, todas as providências legislativas que devam ser tomadas com o fito de aperfeiçoar nossa legislação no setor penal e instrumental penal. Sem descer a minúcias, que não teriam cabida nas estreitezas de um artigo de doutrina, esforcei-me por salientar aquelas iniciativas que me soam mais prementes. ◆

¹⁶ ANTONIO JOSÉ CAMPOS MOREIRA, Entrevista, **Tribuna do Advogado**, Órgão de Divulgação da OAB-RJ, Ano XXX, abril, 2001, número 382, p. 28.