

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

HUMANIZAÇÃO DA PENA
UM PROBLEMA DE DIREITO PENAL

NATAL – RN
JULHO - 1997

JOSÉ AUGUSTO DELGADO*

*Juiz Federal - Rio Grande do Norte.
Professor Assistente de Direito Penal - UFRN.*

**HUMANIZAÇÃO DA PENA
um problema de Direito Penal**

Natal – Abril - 1978

* * Ministro do Superior Tribunal de Justiça a partir de 15/12/1995.



A Maria José (ZEZÉ), minha esposa, fonte inesgotável de amor, renúncia, compreensão, carinho e alegria. Com imensa gratidão.

A Magnus, Liane e Ângelo, filhos, razão de minha luta e trabalho, pela paz que me proporcionam.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I.....	7
DOS MÉTODOS E TÉCNICAS NO DIREITO PENAL.....	7
2. - Das dificuldades com os métodos.....	8
3. - Dos métodos empregados e objetividade.....	8
4. - Da racionalização dos métodos.....	9
5. - Da ineficácia da pena privativa de liberdade.....	10
6. - Das investigações científicas sobre os objetivos da pena.....	12
7. - Do esquecimento do preso pelo estado.....	13
8. - Da significação atual da pena de prisão.....	15
CAPÍTULO II.....	18
EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS.....	18
1. - Das penas no direito antigo.....	18
2. - A nova defesa social (Marc Ancel).....	22
CAPÍTULO III.....	24
DIREITO PENAL E REALIDADE SOCIAL.....	24
1. - Da crise do direito penal.....	24
2. - Dos propósitos sociológicos da pena.....	26
3. - As penas da antiguidade e as atuais.....	26
4. - Desabafo de um humanista.....	28
CAPÍTULO IV.....	30
DA CONSCIENTIZAÇÃO ATUAL SOBRE A PENA DE PRISÃO.....	30
1. - Das novas idéias.....	30
2. - Dos efeitos da pena de prisão.....	30
CAPÍTULO V.....	32
DA HUMANIZAÇÃO DA PENA DE PRISÃO.....	32
1. - Dos movimentos existentes.....	32
2. - Das prisões abertas.....	33
3. - Das resoluções do XII congresso sobre estabelecimentos abertos.....	34
CAPÍTULO VI.....	37
A ONU E A HUMANIZAÇÃO DA PENA.....	37
1. - A ONU e a prevenção contra o crime e tratamento do criminoso.....	37
2. - A Sociedade Internacional de Defesa Social.....	38
3. - dos resultados dos Congressos.....	38
CAPÍTULO VII.....	45
CONGRESSOS INTERNACIONAIS DE DIREITO PENAL.....	45
1. - A preocupação dos Penalistas.....	45
2. - Dos temários de outros Congressos Internacionais.....	45
CAPÍTULO VIII.....	48
FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR.....	48

1. Dos caracteres da pena	48
2. - Origem e desenvolvimento das penas.....	48
A PENA COMO UMA RESPOSTA DO DIREITO PENAL.....	53
1. - Do fundamento da pena	53
2. - Da função reprovadora da pena	54
3. - Indenização da vítima por fundos públicos	56
CAPÍTULO X	58
A CRISE DO DIREITO PENAL	58
1. - A falência do Direito Penal.....	58
2. - Da Reforma Legislativa Brasileira.....	59
3. - Da contribuição jurisprudencial.....	60
4. - Do Instituto da Unificação das Penas	62
5. - Das penas no crime continuado	63
6. - Das penas nos crimes meios absorvidos pelos crimes fins.....	66
CAPÍTULO XI.....	68
1. - A individualização da pena como meio de encontro da medida punitiva.....	68
CAPÍTULO XII.....	71
MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS NO CÓDIGO PENAL DE 1940 QUANTO À APLICAÇÃO DA PENA DE PRISÃO	71
1. - A Lei nº 6.416, de 24.05.77	71
2. - Da aplicação da Lei nº 6.416, de 24.05.77.....	71
3. - Leis Penais no Tempo. Hipóteses de conflitos	73
4. - Da solução dos conflitos surgidos com a Lei nº 6.416.	74
CAPÍTULO XIII	77
MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 6.416, DE 24.05.77, QUANTO A PENA DE PRISÃO.	77
1. - Do cumprimento das penas privativas de liberdade pelas mulheres.....	77
2. - Das atividades do recluso.....	78
3. - Significado do termo "observação".....	79
4. - Da personalidade do recluso	80
5. - Do trabalho do recluso	82
6. - Do trabalho externo.....	83
7. - Da remuneração do trabalho	83
8. - Do amparo à família do sentenciado.....	86
9. - Do grau de instrução do recluso.....	86
10. - Do condenado não perigoso.....	87
11. - Dos regimes abertos ou semi-abertos	87
12. - Da quebra da unificação do Direito Penal	88
13. - Aspectos positivos das inovações	89
BIBLIOGRAFIA.....	91



PREFÁCIO

A dogmática do Direito Penal vem se renovando sob o influxo das reformas sociais que coagem a ciência a buscar novos princípios para o alcance de seus objetivos.

Não é possível predominar, na atualidade, a força absoluta do pensamento de WINDSCHEID de que as considerações éticas, políticas ou econômicas não constituem assunto do jurista. Este, hoje, é instrumento de uma ciência que exige uma perfeita sintonia entre a realidade social e o que a estabilidade grupal pretende para a sua solidificação.

O Direito Penal alcança, embora em estágio evolutivo, uma posição que as novas necessidades sociais estão lhe impondo, que é uma visão humanista da sua punibilidade, para que o Estado possa transformar a personalidade desajustada do criminoso em ser ressocializado e reeducado.

A crítica das noções consagradas não visa criar algo de novo. A pretensão é, tão somente, sistematizar o assunto e renovar a advertência de que a pena de prisão continua a ser o ponto crítico do Direito Penal, por não levar a reabilitação do ser humano e por ser um encargo sem êxito para o Estado.

O AUTOR



CAPÍTULO I

DOS MÉTODOS E TÉCNICAS NO DIREITO PENAL

1. - A ciência do Direito Penal passa por um estágio de sua evolução que exige um desenvolvimento e uma racionalização mais eficazes para as metas a serem atingidas pela nova política criminal a que se está obrigando.

Já se tornou unânime o entendimento de que os princípios de ressocialização e reeducação até então aplicados não vêm alcançando objetivos humanísticos que assegurem o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais do indivíduo.

A exigir a sociedade um tratamento adequado para a solução dos seus conflitos, impele o Direito Penal à busca de meios apropriados para se organizar quanto à reação anticriminal, tentando superar a abordagem puramente jurídico-formal dos fatos jurídicos.

Nunca se tornou tão necessário que o relacionamento do Direito Penal com o social científico se efetivasse com maior intensidade do que no atual momento, para que sejam encontrados métodos e técnicas capazes de solucionarem a questão do homem recluso.

Na verdade, só o questionamento crítico dos pressupostos e fundamentos conjunturais da positivação do Direito Penal, com a análise da natureza dos métodos empregados terão força de contribuir para elucidar a atual problemática da conformidade do fenômeno jurídico penal ao contexto da realidade social.

A norma penal caminha cada dia para assumir um caráter mais do que praxeológico, projetando-se como uma relação dialética do ser empírico e buscando ser mais do que mera transcrição da vivência grupal, por querer mostrar solução.



O seu estudo científico centra-se na lei e é estimulado a se projetar até ao limite da exigência do social, nos seus fundamentos e conseqüências.

O Direito Penal necessita se ampliar com uma visão e concepção do atual se delineando para o futuro, fornecendo as coordenadas para ressocializar o homem que penetrou no campo do cometimento da ação ilícita.

Os seus métodos e as suas técnicas devem obedecer ao "rigorismo científico, a fim de que, como ciência, exerça o seu poder sobre as coisas e os seres vivos."¹

2. - Das dificuldades com os métodos

As dificuldades enfrentadas com os métodos aplicados da Ciência Penal não se restringem à interpretação da lei e à necessidade de comprovação da existência, da legitimidade e do conteúdo da norma jurídica. Elas se potencializam no instante em que o comportamento grupal exige que se faça uma análise das operações utilizadas para a elaboração do Direito e passam a considerar a conduta humana e a repercussão da medida repressiva como fator dependente da adaptação da lei.

Cresce a influência dos métodos no Direito Penal por não ser o seu conteúdo só regra de comportamento social, pelo que a conexão com a realidade grupal forma aspectos que constituem sua natureza específica no procurar a recuperação educativa do homem.

3. - Dos métodos empregados e objetividade

Alejandro Bugallo Alvarez² afirma que a "construção teórica do direito deve ser presidida pelo método integral, indutivo-dedutivo, por

¹ Alvarez, Alejandro Bugallo - Pressupostos Epistemológicos para o Estudo Científico do Direito, pág. 77, Editora Resenha Universitária, São Paulo - 1976.



permitir a articulação do dado social, enquanto dotado de objetividade, e a especulação, possibilitando a compreensão empírica e racional do fenômeno jurídico, com base em seu objeto pré-construído, legislações e jurisprudência dos tribunais".

Embora o mestre Pontes de Miranda³ tenha defendido que o método indutivo é o único que transmite segurança, não se pode deixar de reconhecer, que, tanto em uma forma como em outra, o critério de investigação penal deve ser a objetividade, para que seja alcançada a finalidade a que se destina.

4. - Da racionalização dos métodos

O XI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Budapeste, entre 9 a 14 de setembro de 1974, reconheceu a necessidade de criar e racionalizar novos métodos e meios exigidos pelo Direito Penal, levando a política criminal a se amoldar ao contexto do que espelha o social.

Entre outras resoluções, os participantes do XI Congresso aprovaram que a política criminal a ser seguida pelos novos rumos do Direito Penal deve satisfazer a três exigências essenciais:

a) - Ela deve procurar atingir seus objetivos com um mínimo de repressão e um máximo de eficiência e ação reeducativa.

b) - Ela deve ser humana (humanista) e assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos essenciais do indivíduo.

² Idem, idem, pág. 74.

³ Pontes de Miranda - Sistema da Ciência Positiva do Direito, Vol. IV, Rio, Borsoi, 2ª. edição, 1972, pág. 3.



c) - Ela deve consagrar a regra da legalidade, com todas as suas conseqüências, no plano processual e judiciário⁴.

5. - Da ineficácia da pena privativa de liberdade

O ataque, frontal ao sistema tradicional de repressão e retribuição foi uma repetição da crítica constante que vem sendo aplicada à maneira punitiva utilizada pelo Direito Penal, desde quando a influencia da Sociologia Criminal se tornou mais intensa nos institutos penais.

Quanto mais a pena privativa de liberdade vem sendo aplicada como meio de buscar a ressocialização e reeducação, depara-se o elaborador da norma penal com a ineficácia da medida, pelo que as novas idéias se propõem a reduzir consideravelmente sua esfera de ação.

Indagar-se-ia, então: o Direito Penal está preparado para alcançar um estágio de atuação imposto pela sociedade que chegue a extinguir a pena privativa de liberdade?

A inevitabilidade da pena de prisão, nos dias de hoje, para certos tipos de delinqüentes, não desaparecerá do Direito Penal. No futuro, vai depender da absorção pelo homem dos valores a respeitar e de uma elaboração da regra jurídica penal coerente com a predominância do impacto da sociedade contemporânea sobre todas as camadas.

Buscar a pena ideal que provoque ressocialização e reeducação, sem privação de liberdade, é tarefa de árduo sacrifício e irrealizável, a prevalecer a estrutura administrativa que o Estado põe à disposição da Justiça.

O homem tem a sua vida se ampliando através de um processo natural de atividade contínua em regime de associação diversificada. A cada momento passa por tais critérios de agregação,

⁴ Revista de Ciência Penal - n° 1 - Editora Convívio, pág. 158 - Tradução do Prof. Heleno Cláudio Fragoso que foi um dos co-presidentes do Congresso.



sempre se deparando com a necessidade de sucesso e felicidade, passando a depender das relações humanas que não são fáceis de se concretizarem por casos de colapsos mentais resultantes não de deficiências psicológicas essencialmente, porém, de imperfeições sociológicas que representam a incapacidade de ajustamento ao seu semelhante, na sociedade.

O Direito Penal encontra, assim, o ser humano condicionado pela sua vida grupal. Investe contra ele e o priva de sua liberdade, quando o ilícito criminal é cometido.

Acentuam-se, então, os efeitos do estacionamento mental, já que este se enrustou no agente pela quebra das relações humanas tão necessárias. Vem, por conseguinte, o crime criando, pela restrição da liberdade, uma barreira quase intransponível para a reeducação e, conseqüente, ressocialização do homem.

A repressão no Direito Penal tem de ser concebida sob os fundamentos do comportamento social organizado, onde o ser humano necessita ser visto como em constante ajustamento ao ambiente e a criação cultural em que vive. A pena é alvo que vai atingir os "três componentes comuns nas formas de ação social: cooperação, competição e conflito"⁵.

Os valores e objetivos de tais configurações deixam de ser elementos estruturais das relações humanas, perdendo a sua condição de essencialidade, ocasionando interações negativas e duradouras.

De tal modo isso ocorre que a concepção global do fenômeno criminal passa a se isolar da realidade individual em que se envolveu com apoio na certeza jurídica, por causa da verdade social.

⁵ Chinoy, Ely - Sociedade, Uma Introdução à Sociologia, Editora Cultrix-1967.



6. - Das investigações científicas sobre os objetivos da pena

O problema vem se situando nas investigações dos cientistas sociais que mostram haver uma separação considerável entre as funções atribuídas ao funcionamento da justiça penal e a atuação do regime penitenciário.

O Professor Francisco Canestri, da Faculdade de Direito da Universidade Central de Venezuela, em trabalho apresentado no III Seminário Oriental sobre Ciência do Direito, em Puerto La Cruz, de 30.10 a 2.11.75, intitulado "Los Procesos de Descriminalizacion Y Criminalizacion", citou como exemplo de tal separação os fatos já assinalados por L. H. C. Hulsmon (Rapport général de la Association Internationale de Droit Penal. La Descriminalization, Actes du Colloque de Bellogio 1973. Centro Nazionale di Provenzione e Difesa Sociale, Milano 1975, pág. 424):

a) - A separação entre a capacidade do sistema e as tarefas que lhe são atribuídas, pela ineficácia das sanções penais para obter os efeitos desejados.

b) - O problema do controle do funcionamento do sistema, que, ao invés de ser exercido pelo Ministério Público e Ministério da Justiça, se realiza fundamentalmente a nível policial, cujo serviço vem sendo assinalado como negativo das atividades dos outros serviços do Ministério Público, Juízes e serviços penitenciários, etc...

c) - Desde muito tempo se reconhece que o funcionamento do sistema penal comporta grandes custos sociais.

d) - A duração e a intensidade dos efeitos adversos da estigmatização penal para o indivíduo e sua família.



e) - A diminuição da adaptabilidade do indivíduo, depois da aplicação de certas sanções penais, especialmente aquelas privativas da liberdade"⁶.

Quanto à sistematização do problema "não se trata nem da verdade filosófica, que, desde o começo da vida, os mais sábios procuram em vão, nem da verdade científica sempre ressalvante e evolutiva, mas da verdade jurídica, comum, relativa, suficiente," porque "a temática e a problemática importantes do processo penal não estão em teoréticas e technicalidades e sim na sociedade e nos indivíduos em causa"⁷.

A definição da pena, a sua proporcionalidade, os seus efeitos de ressocialização e reeducação são dogmas jurídicos-penais que necessitam de revitalização, por já precisar o Direito Penal legislado de uma nova visão que supere a idéia de castigo, desde o advento das medidas de segurança.

O alcance de tal reformulação dos métodos e meios utilizados pelo Direito Penal para obter a repressão aos delitos exige, também, que a Ciência Penal cada dia procure fugir de qualquer tentativa para se amoldar a um comportamento estanque e rebelde a contatos científicos.

O Direito Penal necessita aumentar seu entrelaçamento com todos os demais ramos das Ciências Sociais, consciente de que a natureza humana é, total ou em parte, criada ou afetada pelos fatores sociais, pelo que as suas características são de interesse direto para o cientista do Direito.

7. - Do esquecimento do preso pelo estado

⁶ Canestri, Francisco, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Central de Venezuela - Los Procesos de Decriminalizacion y Criminalizacion, pág. 3, Artigo publicado na Revista Ciência Penal nº 1, Editora Convívio, São Paulo, 1976.

⁷ Lyra, Roberto, Novo Direito Penal, Borsoi, 1971, pagina 5, Vol. III.



O homem atua em sociedade que esta sempre em ação. Isso caracteriza um processo dinâmico onde os atos humanos são conscientemente orientados para se constituírem os elementos da dinâmica social.

O Direito Penal tem pecado por tentar compreender a sociedade em suas formas estruturais, o que a situa tão só no processo estático, proporcionando assim uma visão distorcida das interações sucedidas entre as pessoas.

Há o controle social feito pelo Estado do estático, enquanto o dinâmico desafia a função estatal.

A ressocialização e reeducação do homem infrator se colocam como uma função de plano inferior, não sendo concebidas como direitos humanos fundamentais ou absolutos, como o são a liberdade, a vida e a dignidade.

Após a condenação, a pessoa humana é esquecida na prisão, no caso de pena restritiva de liberdade, e deixa de se constituir em uma participante da ação social em atuar dinâmico, para ser espectador vítima da ineficácia do Estado.

O Estado pune com a prisão, processo que desrespeita a aceitação universal que os direitos fundamentais do homem são pré-políticos. "Na relação jurídica, que define os direitos no processo social, o seu objeto não é exterior ao sujeito: é um modo de ser do próprio sujeito. Ferir tais direitos é ferir a pessoa individualmente⁸".

O mestre Roberto Lira focalizou o desrespeito assinalado, dizendo:

Prisão é ruptura, de ofício, do chamado contrato social. O preso passa, compulsoriamente, a vegetar, noutra

⁸ Idem, idem.



sociedade. Prisão e morte moral, morte cívica, morte civil, morte mesmo pela consumação da vida. RUI BARBOSA considerou a prisão por 30 anos eufemismo da pena de morte. É pior do que a pena de morte. Eliminação lenta. "Mofando", "apodrecendo", dizem as vítimas. É "pena perpétua" - inconstitucional - prisão do velho e do doente que vai morrer preso. As mulheres morrem mais depressa. Toda pena encurta a vida. A pena é sempre longa, por mais curta, pela memória, pela imaginação, pelo desgaste, pelo estigma. Todos reconhecem a nocividade de prisões curtas ou longas, recorrendo, alias inutilmente, para umas a suspensão da execução, para outras, ao livramento condicional e vários expedientes inoperantes contra umas e outras⁹.

O Estado extrapola a sua atuação, ferindo a dignidade do homem. Constrói "a crise do direito", que tanto preocupa juristas e jus-filósofos, e que reside justamente na tensão contínua "norma-realidade", ou seja, no drama de procurar-se atender aos reclamos da certeza e da garantia, necessários à vida jurídica, sem se ignorar a realidade concreta em sua natureza multiforme que visa o direito regular através de seus esquemas normativos. A reação ao dogmatismo jurídico nasceu da própria experiência do direito e se agravou diante do "apego desmedido de jurisprudência a certezas formais e a critérios abstratos de juricidade"¹⁰.

8. - Da significação atual da pena de prisão

Na impossibilidade de se substituir, de imediato, a pena privativa de liberdade por outra, convém, contudo, ao legislador encarar as Resoluções do XI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Budapeste, e traduzidas por Heleno Cláudio Fragoso¹¹, como conduta legisferante e determinadora da vinculação do Estado ao processo de ressocialização e reeducação do condenado:

Na medida em que ela subsiste, é conveniente que se indague metodicamente sobre: a) sua significação atual e suas finalidades (em que medida se pode acumular ou

⁹ Idem, idem, pág. 108.

¹⁰ Alvarez, Alejandro Bugallo, obra citada, pág. 89.

¹¹ Revista Ciência Penal nº 1 - Editora Convívio, página 159.



associar retribuição e educação); b) os meios práticos de assegurar que ela respeite os princípios de humanidade e legalidade (problema da condição do preso e das regras mínimas); c) lugar exato que lhe deve ser atribuído num sistema humanista moderno de reação anticriminal (não deve ser ela a última "ratio" da justiça penal, quando nenhuma outra medida ou sanção pode ser aplicada?).

É, não resta dúvida, um movimento de renovação de idéias que se processa no campo do Direito Penal, "movimento este que começou o seu ciclo propriamente na segunda metade do século passado, com os postulantes da Escola Positiva, que se apresenta com o mérito de estudar o crime e os criminosos dentro de um campo científico, experimental, desvendando os elementos componentes da personalidade do delinqüente, na tentativa de surpreender a origem biológica do delito", conforme leciona Roberto Lira¹².

Ocorre, porém, que o Direito Penal se apresenta com uma evolução de idéias sobre o crime e sobre o delinqüente que teve o seu início com as formas primitivas de pensar, alcançando o auge nos dias atuais com a necessidade urgente de se encontrar um substituto para a pena privativa de liberdade.

Saliente-se que o Professor Benjamin de Moraes, por ocasião da III Conferência Nacional dos Desembargadores, datada de 1965, afirmou, com absoluta fidelidade a maneira de pensar da atualidade, que as prisões deixarão de existir dentro de cinquenta anos, preconizando o fim das penas privativas de liberdade. Assim disse:

"O novo Código Penal Brasileiro, ao estabelecer a substituição da reclusão pela detenção e desta última pela multa, esta no limiar dessa nova era da vida do homem"¹³.

¹² Lyra, Roberto - obra citada, pág. 29.

¹³ Moraes, Benjamin, - A Aplicação da Pena Indeterminada no novo Código Penal Brasileiro, in Revista Ciência Penal 2, pág. 22, Editora Convívio.



Para se chegar, com absoluta consciência das idéias defendidas, ao estágio atual do Direito Penal na busca de uma pena para substituir total ou parcialmente a de liberdade restritiva, necessário se faz que se acompanhe o desenvolvimento do Direito Penal, não só para se conhecer a exposição histórica do crime e de sua punição através do tempo, como também, por ser de absoluta razão a afirmação de Aníbal Bruno de que

a história do Direito Penal tem grande valor ilustrativo, pois é a evolução do Direito Penal no decorrer dos séculos, tanto no aspecto cultural, como no político e humano, um grande processo de transformação¹⁴.

¹⁴ Donnici, Virgílio - A Criminologia na Administração da Justiça Criminal, Forense, 1976, pág. 1.



CAPÍTULO II

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS

1. - Das penas no direito antigo

Uma forma esquemática sobre os pensamentos dos cientistas do Direito Penal, na antiguidade, nos mostra os aspectos seguintes:

a) - Direito Penal Oriental.

O Código Hamurabi, As Leis Mosáicas e o Código Manu estabeleceram sistemas de caráter teocrático, onde a tutela penal era de origem sacerdotal, e que tinham como medida punitiva a pena de talião.

b) - Direito Penal Grego.

A sua contribuição resume-se no que plantaram Platão e Aristóteles, filósofos da época de 400 A.C..

Platão defendeu a finalidade moralista de sua filosofia, que era a de resolver o problema da vida.

Para ele, todo ser tem alma e o mundo é constituído de um complexo sintético entre matéria e idéias, pelo que o corpo é vinculado à alma em decorrência das quatro virtudes naturais: sabedoria, temperança, fortaleza e justiça.

Partindo de tais princípios, ele se insurgiu contra a pena-vingança. O propósito utilitário com o sentido de reforma e a intenção de cura deviam se constituir na finalidade fundamental da pena.

Considerando o positivista da antiguidade, mereceu de Marc Ancel, o papa da Nova Escola de Defesa Social, a observação de que foi um

dos primeiros a compreender a noção de prevenção e advertir a idéia de que o fim da pena deveria consistir, não



em vingar a injustiça passada, mas preservar o porvir e evitar outros crimes tanto da parte daquele que sofre o castigo como dos que assistem ao castigo infligido¹⁵.

Aristóteles defendeu o chamado princípio do retribucionismo quanto à aplicação da pena. Defensor ardoroso da escravidão e sendo partidário do conhecimento racional, pelo que o homem tem corpo e alma, cuja característica essencial é o racionalismo, estabeleceu que o mal e o crime eram produtos do querer livre e racional do homem, tendo a pena, conseqüentemente, de surgir como retribuição do mal pelo mal.

c) - Direito Penal Romano

Álvaro Kayrink da Costa¹⁶ é de opinião que os "romanos atingiram as culminâncias do estudo e evolução do Direito Privado, mas foram pigmeus no campo do Direito Penal".

Não obstante terem Cícero e Sêneca contribuído para a elaboração de um fundamento do direito de punir, defendendo a sua função como motivo de exemplaridade e intimidação, não elaboraram nenhuma teoria a respeito.

O Direito Penal Romano caracterizou-se pela crueldade, onde as penas infamantes imperavam ao lado de trabalhos forçados.

d) - Idade Média

O Direito Penal passou a ser forma de defesa contra o delito. O método utilizado era a certeza de que o direito da força triunfava sobre a força do direito, só atenuado pelo sentimento religioso mais tarde desenvolvido quando o delito passou a ser concebido como uma imediata ofensa ao bem comum.

¹⁵ Idem, idem, pág. 12.

¹⁶ Costa, Álvaro Mayrink da - Criminologia, pág. 30, Editora Rio, 1976.



Entre os Séculos X até fins do Século XV, a severidade das penas públicas foi à nódoa do período. A de morte, através da decapitação, da imersão no azeite quente, por fome, por mutilação, dominava a idéia de uma grosseira retribuição.

O Cristianismo foi o responsável pela implantação do valor decisivo dado à vida humana.

Santo Agostinho (344 - 430) e, muito mais tarde, Santo Tomaz de Aquino (1225 - 1274) contribuíram com suas idéias, o primeiro escrevendo "Cidade de Deus", o segundo "Suma Teológica", para a evolução do Direito Penal no campo das penas.

O platonismo cristão de Santo Agostinho deu um valor à vida humana quando afirmou que "na justiça não se deve esquecer a misericórdia" e de que "ao se odiar o delito não se deve esquecer que o delinqüente é homem".

O voluntarismo sobre a intenção de Santo Tomaz de Aquino o levou a considerar a pena como conseqüência do dano causado por uma vontade maliciosa e livre.

O pensamento filosófico de Tomaz Moro (1473 - 1545), autor da "Utopia", conselheiro de Henrique VIII, humanista e jurista inglês, foi o primeiro a observar que as penas não eram meios infalíveis que tinham confiança as ferozes legislações de seu tempo, observando que deveriam ser limitadas e preventivas por atitudes de defesa social, naquela "cidade ideal".

e) - Período Humanitário

A evolução moral da humanidade, as forças dinâmicas da civilização, a reação edificante do Século XVIII em favor do humanitário,



produto das idéias filosóficas, provocaram uma resistência em face das injustiças cometidas.

Muniz Sodré¹⁷ fala que o surgimento do Período Humanitário no Direito Penal teve como precursores, na Alemanha, o estudo de Grotius, com a obra "De Jure Belli ac Pacis"; na França, Voltaire, Rousseau e Diderot; além de, em outros países, os gênios de Kant, Bentham, D'Alembert e outros.

Com o surgimento das Escolas o movimento se cristalizou. O seu quadro característico pode ser representado da forma a seguir exposta:

Escola Clássica:

- Método especulativo, racionalista, lógico abstrato e dedutivo.
- Sistema dogmático baseado sobre conceitos racionalistas.
- Imputabilidade baseada no livre arbítrio e na culpabilidade moral.
- O delito concebido como ente jurídico.
- A pena concebida como um mal e um meio de tutela jurídica.

Escola Positiva

- Método experimental, positivo e indutivo.
- A responsabilidade social derivada do determinismo.
- Atenção à periculosidade do delinqüente.
- O crime passou a ser visto como fenômeno natural e social que o homem produz.

¹⁷ Sodré, Muniz - As três Escolas Penais, 4ª. edição, Rio, 1938.



- A pena não é um castigo, porém, é meio de defesa social.
- A negação do livre arbítrio ou da liberdade moral.

Escola de Política Criminal.

- Método experimental nas ciências penais e lógico-jurídico no Direito Penal.
- Relevância da culpabilidade e do estado perigoso.
- O crime deve ser estudado como fenômeno natural e como ente jurídico.
- A pena deve ter uma finalidade e do mesmo modo a medida de segurança.

Escola Técnico Jurídica.

- Concepção determinista do querer para todo o Direito Penal.
- Existência da responsabilidade psicológica do querer.

2. - A nova defesa social (Marc Ancel).

A análise da obra de Marc Ancel demonstra que o seu maior mérito consiste em ter recolhido das outras escolas o que tinham de aproveitável e conduzido estes ensinamentos para o alcance de um Direito Penal com fins humanitários.

Os elementos que caracterizam a nova tendência do pensamento exposto por Marc Ancel podem ser apresentados, resumidamente, como sendo:

- a) - Definição de Defesa Social como um movimento de política criminal humanista.



b) - A fraternidade não vem a ser uma divisa, senão uma realidade e um dever, que não ameaça a estrutura ou a liberdade social.

c) - "O domínio próprio da Defesa Social não é nem o Direito Penal (enfocado como disciplina própria) nem a criminologia visualizada como ciência do fato criminal, a quem a Defesa Social pede apenas indicações ou inspirações, mas sim o da Política Criminal, pois ela se propõe, antes de tudo, organizar e dirigir mais eficazmente possível a reação social, inevitável e necessária, contra a criminalidade"¹⁸.

d) - O objetivo fundamental é realizar uma reciclagem social que assegure uma recuperação do delinqüente e que atue em função desta personalidade humana.

e) - Não coloca em primeiro plano a proteção passiva da comunidade. É, ao contrário, o homem, o indivíduo, a quem se quer assegurar ativamente a recuperação social.

f) - A sua doutrina tem uma profundidade de caráter ético-social.

g) - A sociedade tem obrigação de praticar um humanismo espiritualista, diante da crise da repressão e da defesa social.

h) - A justiça penal é antes de tudo uma ação social.

i) - O Direito Penal não tem função de um utilitarismo passivamente protetor da paz nacional e social. A sua atuação deve ter como efeito transformar, ou mais exatamente, renovar, sem ruptura brutal, a reação que a sociedade deve opor ao fenômeno criminal.

¹⁸ Mendes, Nelson Pizzotti - Problemas Atuais da Criminologia, pág, 5, Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1976.



CAPÍTULO III

DIREITO PENAL E REALIDADE SOCIAL

1. - Da crise do direito penal

Não é possível se imaginar uma ciência sem conceitos, sem princípios gerais e sem sistema. O Direito Penal estabeleceu os seus conceitos, atualizou os seus princípios gerais e se debate, na atualidade, com uma sistematização científica que necessita cada vez mais se integrar num todo unitário com a realidade social em que as suas formas atuam. O fenômeno jurídico que o envolve torna sem limite o englobamento necessário das diversas manifestações produzidas pelo homem e pela sociedade.

A análise científica do Direito só atinge maturidade quando o sistema normativo é confrontado analiticamente com a realidade social e, de tais análises surge a verificação progressiva da ciência demonstrando, pela utilização dos seus métodos, a avaliação do processo de sua elaboração e aplicação.

A lei só alcança a sua finalidade de estabilizadora dos direitos conflitados quando se caracteriza sociologicamente. Ela tende a se generalizar como norma por excelência do Direito, desvinculando-se, muitas vezes, do contexto cultural e da ordem social genérica que estão a exigir um resultado compatível com a finalidade que deve alcançar.

Há que ser entendida a crise do Direito Penal, quanto a conceituação e aplicação da pena, como passageira, tendo em vista a forte reação, na atualidade, da doutrina sobre os efeitos negativos da pena de prisão.

"É para servir à vida que o Direito existe"¹⁹. E, não é possível se dizer que exista vida garantida pelo Direito quando este é aplicado com

¹⁹ Saldanha, Nelson Nogueira - Sociologia do Direito, RT, 1970.



um forte aparato que não se equipara ao nível das novas formulações sociais que o exige como instrumento de paz.

O aspecto dramático da atuação da norma de Direito Penal, se impondo através da pena de prisão, necessita de um caminhar mais estável, tendendo para a certeza do resultado da reeducação e ressocialização do homem, desaparecendo a instabilidade que cerca o atual momento.

O "judicial" da realização da norma penal aparece como algo especial. Ela formaliza o "jus puniendi" e se obriga a oferecer resposta ao que a sociedade exige. A estrutura do Direito é basicamente a ordem, no sentido de integração de elementos: ordenação e ordenamento. "O valor da idéia de ordem corresponde à necessidade de marcos estáveis na estrutura dos sistemas jurídicos, que são sistemas justamente na proporção em que se "constroem" ordenamente. Sociologicamente a ordem jurídica se situa, é óbvio, dentro de uma ordem social (isenta esta, por suposto, menos artificial do que ela), e se relaciona com a hierarquia e as dominações que se acham na ordem social"²⁰.

A idéia de ordem se vincula a de segurança. Esta se apresenta violada no instante em que o Direito Penal, com a pena de prisão, não alcança a sua finalidade precípua, representando a expressão de ilusões e desejos que Ortega Y Gasset mencionou no tema "El Ocaso de las Revoluciones", conforme menciona Nelson Nogueira²¹:

Com sutil suspeita, Ortega Y Gasset perguntou uma vez se as formas jurídicas teriam dado algum dia a felicidade que sempre prometem, e respondeu de logo que "sempre foi assim, na Grécia, em Roma e na Europa" as leis surgem por força de necessidades e se convertem em expressões de ilusões e desejos. Entretanto essa conversão das formas do Direito em marco e ilusões (que as espreitam desde o

²⁰ Idem, idem.

²¹ Idem, idem.



berço), não impede que as necessidades concretas sigam atuando, e devam ser constatadas.

2. - Dos propósitos sociológicos da pena

O delito é uma realidade biológico social acrescida dos fatores antropológicos. O seu ponto nuclear, por ser o instrumento do resultado, repousa na personalidade do delinqüente. O positivismo penal encerrou com o ciclo do delito como sendo um fato puramente jurídico. Deu-lhe bases humanistas, o que motivou o movimento de Política Criminal da Nova Defesa Social liderada por Marc Ancel.

A preocupação maior de Ferri foi construir um sistema de prevenção que eliminasse as causas do aparecimento da periculosidade, bem como as condições que levam o homem ao crime. Não defendeu a eliminação das sanções, contudo, estas devem possuir substitutivos penais capazes de alcançarem os objetivos de se ter execuções penais com bases humanas e sociais.

A pena deve ter um fim de propósitos sociológicos que alcance a readaptação do delinqüente. No seu aplicar atual ela é limitada a um abstrato formalístico desumanizado, conforme pregou VON LISZT, discípulo de Ihering, fundador da Escola de Política Criminal.

3. - As penas da antiguidade e as atuais

A execução das penas privativas de liberdade, nos de hoje, em quase não difere, quanto à maneira, do que era cumprido pelos povos da antiguidade.

Há muito de comum no costume que tinham os hebreus de lançar em cisternas vazias os que eram condenados ao apedrejamento ou os escravos que pretendiam vender, com o envio do recluso às celas solitárias que existem nas penitenciárias da atualidade.



Hans Von Henting, citado por Ana Valderez A. N. de Alencar²², historia no seu livro "La Pena Las Formas Modernas de Aparicion", Vol. II, fs. 190 e 192, dois fatos a respeito:

"Los hermanos de José acceden al final a la propuesta de Rúben de no matar al odiado senãdor, sino arrojarle a una: cisterna seca"..... "el profeta Jeremias es acusado por los campesinos de ser um alarmista or un derrotista. En castigo le bajoron con cuerdas desde el patio de la prision a una fossa. Alli iacia em el lodo, sin pan, enfrentado com la muerte por hambre."

Se for levado em destaque, na comparação formulada, o estágio dos meios de comunicação contemporânea, a restrição atual da liberdade à uma cela solitária de um ou dois metros de extensão por um metro ou menos de largura, é muito mais desumana do que o sistema hebraico, e profundamente mais brutal do que adotavam os gregos quando lançavam os condenados em minas cujas galerias serviam de prisão.

A composição psicológica do homem moderno sofre com maior intensidade a reclusão desalmada do que sentiam os antigos.

A sociedade do passado não oferecia as várias formas de comunicação que hoje são utilizadas pela humanidade e que servem como elemento formativo da personalidade do ente humano.

A Idade Média não desapareceu do retrato de muitas penitenciárias existentes.

Foi insignificante a evolução dos métodos seguidos naquela época para os atuais.

²² Alencar, Ana Valderez A.N. - "As prisões e a Execução da Pena Privativa de Liberdade, in Revista de Informação Legislativa, n. 30, pág.179.



Diferença não existe entre o uso das prisões da Idade Média, com celas em conventos, masmorras em castelos, as casas de justiça dos senhores feudais, "La Conciergerie", "La Bastille", "Le Chateau de Vincennes", na França, com o castelo de Santo Ângelo, em Roma, a Torre de Londres, e os modelos atuais em todo o mundo de privar o homem de sua liberdade aplicando pena.

Houve um aprimoramento só de natureza sistematizada. Organizou-se, apenas, a disciplina da aplicação das penas. Deu-se um caráter científico penal à punibilidade e limitou-se a atuação do Estado.

Quanto ao homem, o resultado continua o mesmo, não obstante as tentativas do Serviço Social, da Psicologia, da Psiquiatria e dos mais novos princípios da Criminologia.

4. - Desabafo de um humanista

A história do sofrimento dos que foram levados às prisões da antiguidade é irmã gêmea da dos seres humanos que hoje vivem nas prisões que conhecemos.

"Penitência de um Penitenciário", desabafo do humanista Roberto Lira, revela o que ocorre no submundo de nosso sistema carcerário.

É o mais forte depoimento de um filósofo-jurista do Direito Penal, de uma inteligência na busca de fazer com que os homens abram os olhos e cultivem as suas idéias para que sejam instituídas bases humanas e sociais para a execução da pena de prisão.

O "soltam feras e prendem homens" de Roberto Lira é o mais forte grito de alarma que um cientista faz ao Estado. Percebe o mestre que em futuro bem próximo os homens presos se tornarão feras indomáveis do asfalto, cancros incuráveis que o próprio homem construiu para o seu ambiente social.



As palavras do mestre ecoam na sensibilidade de cada ser humano:

Os jardins zoológicos para homens nem têm jardins. Na Guanabara, alguns passos separam o jardim zoológico de uma prisão com o contraste do tratamento. Fazer mal aos animais é prova de mau caráter... E fazer mal aos homens?²³.

A vegetação compulsória do homem preso é ato monstruoso, anti-natural e anti-social.

É reviver, apenas com roupagem diferente, os efeitos produzidos pelos estabelecimentos correccionais do Século XVI do tipo da famosa Bridewell, de Londres; das instituições similares surgidas nas colônias americanas a partir do início da colonização; das prisões holandesas de Rasphuys e Spinñhyes, que fizeram época nos anos de 1595 e 1597, a primeira para homens, a segunda para mulheres, onde procuravam domar o ser humano, como se domam feras.

A pena de reclusão em nosso Direito Penal, até 24.05.77, no início de sua execução, considerava o criminoso como um monge, eis que se lhe impunha um regime de isolamento que contribuía para atrofiar qualquer capacidade de reeducação e ressocialização.

A reclusão da atualidade é resquício do que o célebre Elam Llynss Diretor da Penitenciária de Auburn²⁴, fazia com os prisioneiros, quando se dedicava a tarefa de quebrar o espírito do detento através da imposição do silêncio, visando alcançar um estado de arrependimento.

²³ Lyra, Roberto, obra citada, pág. 107.

²⁴ Alencar, Ana Valdez A.N., já citada, mesma obra, pág. 181.



CAPÍTULO IV

DA CONSCIENTIZAÇÃO ATUAL SOBRE A PENA DE PRISÃO

1. - Das novas idéias

A humanidade, o Estado, a Nação, a sociedade, o povo, o homem, a Igreja, a Escola e a família estão conscientes da implantação de novos rumos e de novas experiências sobre a punibilidade.

A evolução conseguida, a partir do meado do Século XIX, em quase nada mudou o panorama da execução das penas de prisão. A realidade do que se passa dentro das penitenciárias é "desconhecida" daqueles que não querem vê-la. Supõe uma verdade, a existência de um fato como ele se apresenta aos nossos olhos, quando na verdade o "Bias" sociológico (distorção da realidade) esta descaracterizando o sistema.

A morte moral do homem preso ocorre de hora em hora, de minuto a minuto, de segundo a segundo. É um morrer constante que a sociedade, através do Estado, não quer ver, não quer socorrer. A vítima não tem direito de ser ouvida. Grita em socorro da família que paulatinamente lhe vai abandonando. O Estado não se lembra de sua existência. A morte civil se aconchega à morte moral. Vida cívica já foi consumida. Sobra o resto do ser humano para a sociedade cuidar, dele se defender, quando muito mais fácil teria sido a luta pela sua reeducação e ressocialização.

2. - Dos efeitos da pena de prisão

As idéias do mestre Roberto Lira²⁵ sobre o atual sistema de repressão nos ensinam que:

- Prisão é sistema representativo de fraudes e violências, de impiedades e improbidades inatingíveis.

²⁵ Lyra, Roberto - Direito Penal Normativo, José Konfino, 1975, págs. 183/185.



- Prisão é luto e mácula para as gerações do futuro pela transmissão hereditária.
- Prisão impõe convivências repugnantes em total intimidade.
- Prisão é causa de máxima multiplicação do crime, por ser escola anormal da periculosidade.
- Prisão é meio de embrutecer e perverter, de revolta e insensibilidade, de inversão da natureza e de gerar cínicos e hipócritas.
- Prisão é meio de silenciar o homem, quando ele precisa, cada vez mais, de manifestar-se, de comunicar-se.
- Prisão é meio de uniformizar, numerar, desindividualizar e despersonalizar.
- Prisão é meio de autorizar, apassivar, quando a iniciativa torna-se vital para a convivência humana.
- A prisão gera o abandono da família do condenado e o abandono do condenado pela família.
- Prisão é fábrica de criminosos passionais e sexuais.



CAPÍTULO V

DA HUMANIZAÇÃO DA PENA DE PRISÃO

1. - Dos movimentos existentes

A análise do que registra a doutrina sobre os novos rumos que podem ser dados para a execução da pena privativa de liberdade não desanima a quem se propõe a investigar o assunto.

Há uma febre coletiva para conscientizar o Estado da necessidade de encontrar, com urgência, uma pena que substitua a restritiva de liberdade.

A história do Direito Penitenciário registra inúmeros movimentos voltados para a humanização da pena, o mesmo ocorrendo no Direito Penal.

Obedecendo a uma ordem não rigorosamente cronológica, passaremos a revisá-los, tentando seguir a evolução do sistema identificado.

No meado do Século XIX, a introdução da religião, da educação, do treinamento industrial, do cuidado médico, da recreação e do livramento condicional contribuíram para modificar a paisagem carcerária no mundo.

Em 1916, Thomas Mott Osborn liderou um movimento na prisão de Auburn (Nova Iorque) que defendia a importância dos condenados²⁶, considerando o primeiro trabalho no assunto.

Em 1934, o Federal Bureau of Prisons dos EE.UU. adotou o mesmo critério, pelo que criminosos foram colocados em departamentos estanques, tendo em vista o tipo do delito cometido e o grau de periculosidade do agente.

²⁶ Alencar, Ana Valderez A. N., obra cit, pág. 183.



Pouco depois, no meado do Século XX, foi despertado o movimento pelas instituições abertas.

Estas apresentam uma característica mais condizente com a implantação de um regime de penas de bases humanas e sociais, pela conotação de confiança e pela supressão de obstáculos de qualquer natureza.

2. - Das prisões abertas

A primeira prisão aberta que a história registra surgiu na Inglaterra, em 1936. Entretanto, há modalidades de repressão que atuaram no final do Século XIX, que podem ser apontadas como antecedentes contribuidores, para a adoção dos estabelecimentos penais abertos. Entre outros, as colônias penais para vagabundos que se instalaram na Alemanha em 1880; a prisão aberta de Gedhus, na Dinamarca, em 1899; e o estabelecimento de Witzwill, fundado na Suíça em 1895.

As investigações sobre os resultados oferecidos pelo sistema de estabelecimentos abertos identificaram vantagens que incidem sobre a pessoa do detento, contribuindo mais acentuadamente para o alcance da ressocialização. Entre outras advindas, de menor repercussão para o objetivo almejado pelas idéias atuais sobre a pena privativa de liberdade, podem ser enumeradas:

- A saúde física e mental dos prisioneiros não são abaladas com a mesma intensidade com que são nas prisões fechadas.

- Há uma aproximação maior entre as condições das prisões abertas com o gênero de vida normal dos sentenciados, diminuindo, assim, o conflito determinado pela segregação total do agrupamento humano.



- A disciplina se torna mais fácil de ser mantida por ser elevado o grau de obediência.
- As tensões da vida penitenciária normal se atenuam, surgindo, conseqüentemente, um relacionamento mais produtivo.
- As relações de confiança entre os detentos e destes com as autoridades administrativas aumentam.
- Estabelece-se um clima de conduta que conduz a condições favoráveis e a um desejo de readaptação.

3. - Das resoluções do XII congresso sobre estabelecimentos abertos

As resoluções do XII congresso penal e penitenciário da Haia, em 1950, sobre estabelecimentos abertos fixaram perfeita compreensão dos desígnios desse regime e passaram a estabelecer princípios que devem ser seguidos na aplicação do sistema.

A Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal²⁷ publicou a referida Resolução da qual nos limitamos a enfocar os aspectos principais, tais como:

- O termo estabelecimento aberto designa estabelecimento penitenciário no qual as medidas preventivas contra fugas não estão nos obstáculos materiais, tais como muros, fechaduras, grades ou guardas suplementares.
- A característica essencial duma instituição aberta deve residir no fato de que se pede aos sentenciados que se submetam a disciplina da prisão sem uma vigilância estreita e constante.

²⁷ Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Ano I, nova série - nº 2, Julho/Setembro de 1963, págs. 103/5.



- O fundamento do regime não é a imposição do medo. O prisioneiro deve possuir o sentimento da responsabilidade pessoal inculcado pelos que são responsáveis pela sua readaptação.

- A prisão aberta deve ser situada de preferência no campo, mas não em lugar isolado ou insalubre, sendo de absoluta necessidade que fique suficientemente perto dum centro urbano, a fim de que não sejam cessadas as comodidades necessárias ao pessoal e contatos com organismos de caráter educativo e social.

- O desenvolvimento do trabalho pelos detentos é a melhor forma de ajudá-los na reeducação e readaptação. Não se deve, contudo, limitar a capacidade profissional de cada um, empregando-se o recurso único do trabalho agrícola. É desejável providenciar uma formação industrial e profissional nas oficinas, através de estudo dirigido.

- Os membros do corpo administrativo devem ser especialmente qualificados, para que possam motivar os prisioneiros a um relacionamento de confiança que é a base para a educação a ser ministrada.

- O superpovoamento das prisões abertas deve ser evitado, pois inibe o conhecimento individual de cada prisioneiro pelos funcionários, estabelecendo-se assim uma distância desfavorável para os métodos empregados.

- A comunidade vizinha deve compreender o trabalho educacional que é desenvolvido e ser preparada para colaborar com o estabelecimento. Para tanto, a propaganda, através de palestras, da imprensa e comunicações diretas, deveser empregada.

- Os prisioneiros que apresentem problemas insuperáveis de ressocialização ou readaptação, ou dificuldades só contornáveis a longo



prazo, devem ser recambiados para instituições próprias que se encarregarão de soerguê-los e da fixação de um diagnóstico.



CAPÍTULO VI

A ONU E A HUMANIZAÇÃO DA PENA

1. - A ONU e a prevenção contra o crime e tratamento do criminoso.

A universalidade do problema enfocado exigiu da Organização das Nações Unidas uma tomada de posição.

Assim é que pela Resolução nº 415, a Assembléia Geral das Nações Unidas resolveu realizar congressos quinquenais sobre - "Prevenção Contra o Crime e Tratamento do Criminoso".

O movimento da ONU foi uma consequência do após-guerra que determinou a identificação dos caracteres sobre defesa social existentes anteriormente.

A expressão defesa social passou a ser entendida com outro sentido.

O inimigo contra quem a sociedade se há de defender ou há de ser defendida não é mais o delinqüente. O inimigo é o delito que fere a sociedade e a cada um dos seus membros, incluindo-se entre estes o próprio delinqüente em estágio de potencialidade ou em situação de efetividade.

O homem passou assim a adquirir maior importância na vida nacional e internacional. O próprio Direito Internacional começou a se preocupar com o homem dando-lhe maior relevância e exigindo que organizações internacionais cuidassem de atender diretamente as necessidades dos indivíduos.

A dignidade do homem transformou-se em bem inatacável e imutável, influenciando para tanto o pensamento de Maritain: "o homem é um fim em si mesmo". O Direito não deve, portanto, em nenhuma hipótese, fugir do homem, por se constituir a sua finalidade última.



Formalmente, a ONU começou a se preocupar com a prevenção contra o crime e com o tratamento do criminoso, em 1955, quando celebrou o Primeiro Congresso, em Genebra, Suíça.

Antes, porém, de se fixar o movimento internacional pelo órgão supremo das nações, já havia se espalhado pelo mundo a preocupação de Marc Ancel, quando em sua obra "La Défense Sociale Nouvelle"²⁸, no capítulo referente "As etapas da defesa social", fez referência ao movimento de profilaxia criminal que surgiu na "Europa, às vésperas da Segunda Grande Guerra, e que, em alguns países, como a França, Suíça e outros, assumiram a forma de Sociedade de Profilaxia Criminal."

2. - A Sociedade Internacional de Defesa Social

Como derivação da preocupação assinalada, surgiu "a Sociedade Internacional de Defesa Social", em 1947, que vem realizando congressos, conferências e estudos sistematizados sobre o tratamento do delinqüente.

Os órgãos especiais da ONU que se sobrepõem às organizações de caráter regional que tratam do assunto, desde 1955, vêm realizando Congressos para tratar do tema geral "Prevenção do delito e tratamento dos delinqüentes".

3. - dos resultados dos Congressos

Os Congressos realizados nos fornecem os resultados que passam a ser descritos, de forma sintética.

a) - I CONGRESSO REALIZADO EM GENEBRA, 1955, que preocupou-se com:

- problemas concernentes ao tratamento dos presos;

²⁸ Miotto, Armida Bergamini - Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinqüentes, in Rev. Informação Legislativa, Edição Senado Federal, nº 34, pág. 42.



- como prevenir os delitos, mais propriamente a reincidência;
 - o tema "prisão aberta", por tão novo, na época, precisava de ser constantemente examinado e controlados o funcionamento e desenvolvimento;
 - a recomendação de que não mais apenas se tivesse "compreensão" da comunidade circundante, mas a colaboração eficaz do público e especialmente da "comunidade circundante" sobre a prisão aberta;
 - os órgãos de informações locais e nacionais podem revelar-se preciosos para que a comunidade compreenda as prisões abertas.²⁹
- b) - No II CONGRESSO, para tratar de igual tema, realizado em Londres, no ano de 1960, o estudo dos participantes se vinculou;
- às novas formas de delinqüência juvenil, origem, prevenção e tratamento;
 - aos serviços especiais da policia, para prevenção da delinqüência juvenil;
 - à prevenção das formas de criminalidade que restam de mudanças sociais e acompanham o progresso econômico nos países de pouco desenvolvimento;
 - a examinar os problemas de educação escolar e familiar como uma das causas da delinqüência;
 - a medir a lacuna entre as gerações, quebra da mútua compreensão e simpatia, também, como uma causa mediata da delinqüência;

²⁹ Idem, idem, pág. 46-



- a estudar a influência de certos filmes, revistas, livros, formas de publicidade, programas de radio e televisão sensacionais ou duvidosos, e as notícias de crimes, como uma possível causa de despertar o favorecimento da delinqüência juvenil;

- à afirmação de que a criminalidade não resulta necessariamente da evolução social, admitindo, contudo, que, porque não tinha sido prestada até então a atenção devida, os dados não eram seguros;

- a sugerir que é reconhecida a necessidade imediata de pesquisa com melhores técnicas e métodos estatísticos, a fim de, em decorrência, tomar medida de prevenção;

- a defender que a amplidão da pesquisa deveria ser tal que os diversos fatores pudessem revestir caráter universal, local ou regional, e recebessem a atenção que merecem;

- à afirmação de que o exame da criminalidade em relação às mudanças sociais não deve se circunscrever às cidades, mas convém estendê-lo às regiões rurais, pois assim, poderiam ser descobertas causas da criminalidade que posteriormente vão se manifestar em ambiente urbano;

- à necessidade de orientar a juventude para atividades construtivas, dando-lhe formação profissional e oportunidade de emprego;

- a defender o preparo do ambiente urbano, desenvolvendo o espírito comunitário, para colher os emigrantes do campo, dar-lhes moradia, formação profissional e proteção à família e à infância;

- a posição de que deve ser evitado que habitantes do campo migrem para centros urbanos, dando-lhes vantagens sociais e econômicas que eles iriam procurar nas cidades;



- à necessidade da ONU assumir a responsabilidade dos trabalhos, em institutos regionais, para a prevenção do delito e tratamento dos delinqüentes, tendo também a colaboração de Governos e de instituições oficiais e não-oficiais;

- a considerar que é importante a participação da polícia, desde que ela respeite os limites da competência dos serviços sociais, educativos e outros, e não olvide a salvaguarda dos direitos do homem e, bem assim, proceda em colaboração com órgãos especializados e com o grande público;

- que atuem os órgãos específicos compostos de pessoas altamente especializadas, de modo integrado.

c) - No ano de 1965, em Estocolmo, realizou-se, sob os auspícios da ONU, o III Congresso para tratar, ainda, do tema geral "Prevenção do delito e tratamento dos delinqüentes".

Quatro itens do ternário se identificam com o que é estudado, por terem cuidado da evolução social da criminalidade; das forças sociais e da prevenção da criminalidade, principalmente, nesse setor, a influência do público, o esforço da família, dos meios de educação e as possibilidades desemprego; da ação preventiva da coletividade, atuando com programas médicos, polícia especializada e agentes sociais; e, especialmente, medidas especiais de prevenção e de tratamento para jovens adultos.

No III CONGRESSO ficou fixado que as causas da delinqüência dos jovens se situam na instrução mais avançada que possuem, acarretando um rompimento na comunicação com os mais velhos, e comprometendo, assim, o quadro familiar, além da dosagem intensa proporcionada pelos desajustamentos familiares, escolares, surgidos no



ambiente do trabalho, na organização social em si mesma e no defeito das interações.

A título de sugestão, o III CONGRESSO propôs que a legislação e a criminologia não devem se separar das transformações sociais, mas a elas se ajustar, enfocando a eliminação da falta de trabalho, o desenvolvimento das atividades culturais e recreativas, a formação moral e social dos jovens.

O que de mais positivo surgiu do III CONGRESSO foi a fixação de um rumo para determinar a quem cabe a prevenção do delito e o tratamento do criminoso.

Os pontos a respeito fixados foram:

- a prevenção da criminalidade é tarefa da coletividade nacional, mas também da coletividade regional local e profissional;

- os Serviços Sociais serão muito eficazes, se bem coordenados;

- os Serviços Sociais devem motivar a colaboração de voluntários por ser considerada relevante a sua atuação;

- os métodos pedagógicos necessitam ser vistos e visar o alcance de que a escola deve ter um papel importante no assunto, não se constituindo um mero meio de escolaridade;

- toda a população deve participar da luta contra a criminalidade, através de organizações de tipo tradicional ou não, para o que deve o público ser preparado pelos meios modernos de comunicação.

d) - Entre 17 e 26 de agosto de 1970, em Kyoto, Japão, precedido de reunião na África, América Latina (Buenos Aires), Ásia e



Kuwait, realizou-se o IV Congresso sobre "Prevenção contra o Crime e Tratamento do Criminoso."

A Declaração Final do Quarto Congresso retrata o objetivo a que se esforçou para alcançar e mostra o consenso dos oitenta e dois países participantes sobre a necessidade de ser visto com bases em princípios humanos e sociais o tratamento dos reclusos e a prevenção do crime.

O texto da referida Declaração constitui mandamentos a serem obedecidos pelo legislador e pelo órgão encarregado da execução das penas. Ei-lo:

O Quarto Congresso das Nações Unidas sobre "Prevenção do Crime e Tratamento do Criminoso", reunido em Kyoto (Japão), em agosto de 1970, com a assistência de participantes de oitenta e dois países que representam todas as regiões do mundo.

PREOCUPADO profundamente pela urgência cada vez maior de que a comunidade mundial das Nações aperfeiçoe seus métodos de planificar o desenvolvimento econômico e social, levando mais em conta os efeitos que a urbanização, a industrialização e revolução tecnológica podem ter sobre a qualidade da vida e do meio humano;

AFIRMANDO que a atenção insuficiente prestada a todos os aspectos da vida no processo de desenvolvimento se reflete de forma patente na gravidade e nas dimensões cada vez maiores do problema da delinqüência em muitos países.

OBSERVANDO que o problema da delinqüência tem muitas ramificações, que vão dos delitos tradicionais ate as formas mais sutis e complexas do delito e da corrupção organizada e que se unem à violência do protesto e ao perigo de um escapismo crescente através do consumo abusivo de drogas e estupefacientes, e que o crime em todas as suas formas mina as energias de uma nação e seus esforços para lograr um meio mais são e uma melhor vida para seu povo.

CRENDO que o problema do crime, em muitos países, em suas novas dimensões, e muito mais grave agora do que em qualquer época da larga historia destes Congressos.



ESTIMANDO-SE na obrigação individual de alertar ao mundo sobre as graves conseqüências para a sociedade, da atenção insuficiente que agora se presta às medidas de prevenção do crime, que por definição incluem o tratamento do criminoso,

PEDE a todos os governos que adotem medidas efetivas para coordenar e intensificar seus esforços por prevenir o crime no contexto do desenvolvimento econômico e social que cada país empreende por si mesmo.

INSTA as Nações Unidas e as demais organizações internacionais a que assinem alta prioridade ao fortalecimento da cooperação internacional em matéria de prevenção do crime e, em particular, a assegurar a disponibilidade de ajuda técnica eficaz aos países que desejem assistência para organizar programas de atividades relativos à prevenção do crime e da criminalidade.

RECOMENDA que se de especial atenção à estrutura administrativa, profissional e técnica necessárias para que se leve a cabo uma ação mais eficaz encaminhada a intervir mais diretamente e com maior decisão no campo da prevenção do crime.



CAPÍTULO VII

CONGRESSOS INTERNACIONAIS DE DIREITO PENAL

1. - A preocupação dos Penalistas

Ao lado do progresso das ciências especializadas e das técnicas que alimentam as reformas econômicas, políticas e sociais, se encontra o estado atual da sociedade exigindo uma despenalização ou descriminalização no Código Penal, colocando o problema como sendo relativo a um direito do condenado compreendido no círculo do ser humano.

É uma mudança de mentalidade imposta pelos resultados negativos advindos da política retributiva, reparativa e readaptativa da pena de prisão.

A preocupação dos penalistas com a norma deixou de se constituir o assunto primordial da investigação científica. As modificações na atualidade são surpreendentes, como ficou demonstrado nos congressos coordenados pela ONU.

2. - Dos temários de outros Congressos Internacionais

Há, também, que se registrar os temários de outros Congressos Internacionais de Direito Penal que, sem a cobertura oficial da ONU, contribuíram para a instalação de inovações que visam favorecer a reintegração do criminoso na sociedade, melhorando a proteção da comunidade contra o comportamento anti-social.

O 10º Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Roma, no ano de 1969, entre os temas discutidos, preocupou-se com o papel exercido pelo juiz na determinação e na aplicação da pena de prisão.

O 11º Congresso Internacional de Direito Penal (Budapeste - 1974) demonstrou uma evolução, embora lenta, do Direito Penal. Houve



maior coragem em focar o tema referente ao desenvolvimento e revisão dos métodos e meios seguidos pelo Direito Penal.

Em 1970, na cidade de Madri, o 6º Congresso Internacional de Criminologia defendeu a necessidade de uma política governamental aplicada à Criminologia, com uma metodologia que alcançasse o crime, a criminalidade e o criminoso.

Prosseguindo os penalistas na busca de impor idéias consoante as exigências dos fatos sociais, o 7º Congresso Internacional de Criminologia (Belgrado, 1973) deu ênfase ao estudo da avaliação dos sistemas de política criminal adotado pelos países, sem descuidar da análise da personalidade criminal e da tipologia dos delinqüentes.

O intenso estudo da Criminologia e o aparecimento de novas praticas, anti-sociais levaram a que fosse fundado, em 1969, no Canadá, um Centro Integrado Internacional de Criminologia Comparada surgido do acordo entre a Sociedade Internacional de Criminologia, a Universidade de Montreal e as Nações Unidas, além da UNESCO.

Até os dias atuais, do referido centro tem saído valiosas contribuições para a política a ser adotada no tratamento do delinqüente.

Do trabalho integrado do Centro já há a defesa dos aspectos seguintes:

- Necessidade de institucionalização da pesquisa comparativa sobre o problema, a fim de nivelar a posição assumida por todas as nações.

- Avaliação e identificação de novas formas de conduta, com a finalidade de prevenir efeitos indesejáveis, associando-se as inovações no campo econômico e tecnológico.



- Comprometimento em fornecer ajuda técnica na formação de pesquisadores, para o fim de atender as necessidades particulares de cada país, no que se refere à possibilidade do controle eletrônico da atividade humana.

- Desempenho de várias atividades paralelas no campo das pesquisas criminológicas, como sejam:

a) - controle e autoridade nas instituições médico-legais com o estudo de casos;

b) - interação nas sociedades pós-industriais e utilização do tempo livre em vista da prevenção da delinqüência juvenil, dando assim ênfase ao LAZER como um dos meios de prevenir a prática do crime;

c) - análise detalhada da reação da opinião pública em relação ao comportamento do delinqüente e o seu tratamento pelo Estado.



CAPÍTULO VIII

FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR

1. Dos caracteres da pena

O delito é resultado de condições endógenas, próprias do criminoso, e exógenas, isto é, do meio circulante.

A pena que o pune se apresenta com os caracteres de proporcionalidade, individualidade, personalidade, legalidade, igualdade, inderrogabilidade, economia, moralidade e humanidade.

O intenso estudo sobre a pena e os seus métodos de aplicação ainda continuam na busca das respostas as indagações feitas por Cesare Beccaria, no seu famoso livro "Dos Delitos e das Penas"³¹:

Mas, qual é a origem das penas, e qual o fundamento do direito de punir? Quais serão as punições aplicáveis aos diferentes crimes? Será a pena de morte verdadeiramente Útil, necessária, indispensável para a segurança e a boa ordem da sociedade? Serão justos os tormentos e as torturas? Conduzirão ao fim que as leis se propõem? Quais os melhores meios de prevenir os delitos? Serão as mesmas penas igualmente úteis em todos os tempos? Que influência exercem sobre os costumes?

Cada indagação, cada meditação, todas as dúvidas exigem uma tomada de atitudes e de convencimento, por se constituir a pena em uma resposta do Direito Penal Aplicado e que, por assim ser, não deve ser uma dúvida quanto ao seu resultado.

2. - Origem e desenvolvimento das penas

Partindo do princípio sociológico de que o grupo humano é a unidade básica para o funcionamento das sociedades, encontramos as raízes históricas da punição nos mais remotos momentos da vida

³¹Beccaria, Marques de, Cesar Bonesana - Dos Delitos e das Penas, citado por Magalhães Noronha, Direito Penal, Vol. I, Saraiva.



associativa, pelo que são elementos básicos para o estudo do seu fundamento.

A pena funcionava como meio de conservação social e derivava da necessidade instintiva de haver vingança da ofensa. É de ser destacada, em tal função, a origem psicosocial da pena, funcionando como um meio de defesa, como uma necessidade de todo homem de se submeter a um processo de coesão, coerção e de organização do grupo.

A vingança privada representava uma reação social do indivíduo no interesse do grupo, pelo que a pena pública, ontologicamente, existiu desde sua primeira origem, embora limitada a poucos fatos.

A pena, em sua forma "vedentta" privada, apresentava se:

a) - indiferente ao direito, quando a reação impulsiva de vingança era uma consequência do instinto inconsciente de conservação do homem;

b) - necessária, quando o grupo passou a estabelecer regras para a conduta dos seus componentes, transformando, assim, a pena como resultado do dever para com os outros elementos do grupo;

c) - autorizada, até certo ponto, além de protegida, quando o Estado passou a regulá-la e a arcar com a responsabilidade de sua aplicação.

O demonstrativo da origem das penas e dos fundamentos do direito de punir nos fornecem uma visão global de como a humanidade enfrentou os conceitos sobre os seus efeitos.

O homem paleolítico concebeu a pena como uma reação impulsiva de vingança. Predominava o instinto de conservação inconsciente.



O homem neolítico, já dominado pelo animismo e pelo totemismo, viu na punição o meio de atenuar a ira das divindades.

As Leis Assírias, consideradas, as mais cruéis que registram a história, entregavam às Cidades Estados o encargo de repressão, onde havia uma justiça pública e uma privada, com a permissibilidade de aplicação cumulativa das penas aflitivas, infamantes e pecuniárias.

As Leis de Eshunna, editadas pelo rei Bilalama, segundo Álvaro Mairing da Costa³², surgidas em data anterior ao Código de Hamurabi (XXIII) A.C.) adotaram um regime especial que se fundava no princípio da composição legal do delito, embora sem se constituir em única sanção positiva prevista, já que, para certos crimes, adotava a pena capital.

Os Códigos de Hamurabi, Manu e Pentateuco assinalaram uma das etapas da evolução das penas, quando adotaram a composição e limitaram o talião, sem ter como único fundamento da punição a vontade superior, já que visava

implantar a justiça na terra, destruir os maus e o mal, prevenir a opressão do fraco pelo forte, iluminar o mundo e propiciar o bem estar do povo.

As Leis de Moisés e o Direito Hebreu se constituíram em diplomas legais que encartavam disposições de maior respeito pela vida e pela liberdade do semelhante, mesmo delinqüente. Não obstante a severidade de suas penas, estabeleceu a absoluta igualdade para os culpados de fatos delitivos, sem tomar em conta suas condições sociais, políticas ou religiosas.

Partindo do ponto de que deve haver uma contraposição do mal da pena ao mal do delito, PITÁGORAS (559-470 - A.C), reconhecendo no número o princípio formal que se acha imanente em todas as coisas, foi o primeiro a se manifestar sobre a concepção da pena em ter um

³² Costa, Álvaro, ob. cit. pág. 19.



caráter de retribuição. O sofista Protágoras (490-420 - A.C.) concebia a pena no aspecto prático da intimidação. Já Platão dizia que a pena produz sempre um destes dois efeitos: ou é útil ao condenado, por emendá-lo, ou é útil à sociedade com a notícia do sofrimento imposto, para os futuros infratores.

Aristóteles (384-322 - A.C.) afirmou que a pena é uma inexorável necessidade social e que é meio capaz de atingir a regeneração moral, adotando assim o princípio utilitarista.

O Direito Romano, ao fazer a diferença entre o "dolus bonus e o dolus malus", teve em conta o homem e não o dano. A culpa passou a ser um castigo e a pena possuía um caráter de prevenção e de defesa social.

Com o Cristianismo, na Idade Média, as especulações filosóficas reconheceram que só Deus pode castigar e premiar os homens. O delinqüente deve ser punido como uma declaração confiada a Deus pela Igreja. A pena passou a ser considerada uma expiação, não no sentido dos clássicos, como sendo sacrifício ou sofrimento físico, porém, era redenção, experiência espiritual, penitência, pagamento dos pecados.

Tomás Moro (1473-1545) observou que as penas deviam ser limitadas e preventivas por meios de defesa social, por considerar delinqüência em sua conexão social e apontar suas causas na própria sociedade.

Para Grotius (1583-1645), criador da Escola do Direito Natural, a pena tem um caráter estritamente social e seu escopo é a defesa da sociedade.

Hobbes (1588-1679), fundador da chamada teoria intimidativa, defendeu a pena como sendo um ato de



hostilidade necessária, contida nos limites do justo, com a finalidade de intimidar o réu e reeducá-lo.

Montesquieu, com o *Espírito das Leis*, defendeu o princípio da necessidade, não moral, mas jurídica, em substituição ao da justiça absoluta. Afirmou que as penas moderadas são próprias dos Estados moderados e que o indulto é a grande arma dos governos moderados.

Rousseau (1712-1778), embora enfrentando a questão de modo incidental, disse que a pena é para alcançar a tranquilidade da sociedade, conservando assim os objetivos dos contratantes.

O "é melhor prevenir os delitos que castigá-los" de César Beccaria (1738-1794), in *Dei Delitti e Delle Penne*, revolucionou os sistemas repressivos vigentes na época e abriu vários caminhos para uma moderna concepção sobre a pena.

O movimento filosófico da Alemanha colocou Kant (1724-1804) como expoente do criticismo. Situando a base da Ética no imperativo categórico, "tu deves", colocou a pena como uma necessária conseqüência de quem vulnera a lei. O castigo deve ser igual ao mal do delito em razão do talião, em tudo seguindo-se o princípio da equivalência.

Influenciou profundamente a Fichtte (1762-1814) que rompendo a orientação dominante fez voltar as suas idéias para o "jus puniendi".

Com Fuerbach (1804-1872) se iniciou o chamado ciclo sistemático do estudo do Direito Penal, quando atribuiu-se ao Estado a função de evitar as infrações do ordenamento jurídico, não só utilizando-se da coação física, como também da psicológica.



Na atualidade, a Escola do Neodefensismo Social destaca o tríplice objetivo da Defesa Social:

a) - A pena não tem somente o caráter expiatório, mas interessa também para a proteção da sociedade;

b) - A pena, além de ser exemplar, é retributiva, tem um escopo de melhoramento, senão mesmo de uma reeducação do delinqüente;

c) - A justiça penal deve ter sempre presente a pessoa humana, além das simples exigências da técnica processual, a fim de que o tratamento penal seja sempre humano.

A PENA COMO UMA RESPOSTA DO DIREITO PENAL

1. - Do fundamento da pena

Não se compatibiliza a finalidade preventiva da pena, no sentido de evitar a prática de novos delitos, com a característica de retribuição, de ameaça contra o agente, que possui na atualidade.

A pena, de acordo com a filosofia do nosso sistema penal, se encontra revestida da natureza de ser aplicada proporcionalmente ao crime, com prazo marcado para o seu cumprimento, como que seja possível se determinar o tempo exato em que o homem possa ser considerado como capaz de refrear as suas tendências para o crime e que se encontra apto para viver em sociedade.

Qual a certeza científica que determina afirmar que o sujeito ativo do delito de peculato só se encontra recuperado para a sociedade se ficar recluso pelo prazo mínimo de dois ou máximo de doze anos?

É possível se medir matematicamente a capacidade de ressocialização e reeducação do homem delinqüente?



Por outro ângulo, há proporcionalidade punitiva entre a pena aplicada ao crime de redução a condição análoga à de escravo (reclusão de dois a oito anos) e a aplicada ao peculato? A valoração atribuída à administração pública ofendida não está por demais elevada em comparação com a dada à liberdade individual?

As respostas não podem se filiar a uma única corrente. Tendo o direito de punir, por fundamento, um princípio de justiça absoluta, segundo CARRARA, convivendo ao lado das regras de conservação e de assentimento espontâneo da consciência universal, não se pode aceitar a não valorização da tutela da vida, da integridade física, da saúde e da liberdade individual pelo Direito Penal, por equiparar, quanto ao quantitativo da pena aplicada, em muitos casos, os efeitos aos dos delitos patrimoniais e contra a fé pública.

Aceita a pena tendo como fundamento único a moral, pelo fato de impor o imperativo categórico, por ser justificada como uma ação de utilidade social, ou, então, meio de intimidação ou de constrangimento psicológico (FUERBACH), ou, um mal imposto ao indivíduo que merece um castigo em vista de uma falta considerada crime, que voluntária e conscientemente, cometeu (ESCOLA CLÁSSICA), ou, como quer PRINS, que vê o direito de punir não como um direito absoluto, mas como um direito relativo e de proteção social, tendo por fim a defesa dos interesses sociais, não se pode crer pacificamente que a tendência das circunstâncias da sociedade industrial determine uma valorização dos bens patrimoniais em detrimento dos bens relativos a vida e a integridade física do homem.

2. - Da função reprovadora da pena

A pena se funda na culpabilidade do réu. Esta deve ser aplicada na medida da imposição, visando a ressocialização e reeducação.

Não é básico do Direito Penal conceber a pena como tendo função reprovadora de ato ilícito. A justa retribuição, em cada caso



particular, deve atender, também, ao interesse social dos efeitos da punição.

A visão realística do crime e da pena são, no momento, a preocupação maior do Direito Penal, embora sem abandonar os caminhos que os justificam e os fundamentam num Estado democrático.

Os valores da vida social são tutelados. Em conseqüência, a medida retributiva da pena não atende aos critérios de utilidade social, em termos de recuperação do delinqüente.

As dificuldades da quantificação da pena são reconhecidas pela precariedade dos efeitos produzidos em prol do interesse social. A repugnância dos julgadores a tal sistema vem se tornando movimento mundial. Proclama-se e reconhece-se a extrema inconveniência da prisão, apontando-se o encarceramento como última solução.

O mestre Heleno Cláudio Fragoso³³ visualizou o problema com a lição seguinte:

Convém repetir que a eficácia da repressão não depende da gravidade da pena, nem da prisão do condenado, mas, sim, da certeza da punição. Tudo deve ser feito para afastar do cárcere o réu primário e de bons antecedentes. Nesse sentido, as leis penais modernas devem prever ao lado da pena de prisão penas restritivas da liberdade e de multa, de forma alternativa ou substitutiva, ampliando os casos de suspensão condicional da condenação ou da pena e do livramento condicional.

A busca de processos para substituir a pena privativa de liberdade ou atenuá-la, sem abolir a sua aplicação aos casos extremos de periculosidade comprovada através da psicologia, psiquiatria e medicina legal, tem contribuído para que novos rumos estejam sendo adotados para a sanção penal.

³³ Fragoso, Heleno Cláudio - Direito Penal e Direitos Humanos, Forense, 1977.



3. - Indenização da vítima por fundos públicos

O XXI Congresso Internacional de Direito Penal, Budapeste, 9 a 14 de setembro de 1974, já citado, no esforço que realizou na busca de substitutos para a pena privativa de liberdade, depois de ficar convencido de que a indenização à vítima é um meio eficaz de restabelecimento do equilíbrio jurídico e social traumatizado pelo ilícito penal, além de se constituir um meio de política criminal moderna pela eficiência da sanção e vinculação do condenado à responsabilidade de sua própria ressocialização, adotou as seguintes conclusões:

a) - Indenização da vítima através de fundos públicos.

A recomendação em tal sentido se apoiou no fato de que a realização efetiva da indenização constitui tarefa de ordem pública, justificando-se com base nos imperativos modernos da solidariedade social defendida por Duguit.

b) - O sistema de indenização obedeceria a critérios que o legislador deveria observar na criação desse novo instituto, que a vítima receberia uma determinada quantia dos fundos públicos administrados por uma instituição específica.

Os princípios a serem seguidos para o funcionamento do instituto da indenização da vítima foram fixados na Resolução do XI Congresso de Budapeste, traduzida por Heleno Cláudio Fragoso³⁴:

a) - A obrigação de indenizar deve no mínimo abranger os casos de infrações dolosas contra a vida e a integridade corporal. A indenização à vítima de infrações contra a propriedade só deverá ser considerada nos casos particulares e graves, quando a ausência de indenização for julgada intolerável.

b) - A qualidade da vítima deve ser reconhecida à pessoa diretamente lesada pela infração. Além disso, os

³⁴ Revista de Ciência Penal, nº 1, Editora Convívio, São Paulo, 1975, págs. 164/165.



dependentes da vítima tem o direito de receber a indenização quando sua subsistência tiver sido afetada pela infração.

c) - A indenização deve ser concedida como um direito e não "ex-gratia".

d) - Em caso de indenização, o organismo estatal ou a instituição pública é subrogada nos direitos da vítima (cessio legis). Em caso de exercício desse direito contra o autor, deve-se considerar os princípios da política criminal moderna (reinserção do condenado na sociedade; consideração da situação do autor economicamente fraco).

e) - Fazendo abstração de recursos de outra natureza, os fundos públicos específicos para indenização às vítimas devem igualmente provir da renda dos impostos.

f) - A questão de se saber se deve instituir-se um processo judiciário ou administrativo para decidir sobre o direito a indenização deve ser resolvida pela legislação de cada país. O mesmo se diga quanto à competência do Ministério Público para requerer a indenização da vítima através de fundos públicos. Igualmente, submeta-se à apreciação do legislador nacional, se o juiz penal tem o poder de decidir sobre a possibilidade, e/ou necessidade de indenizar a parte lesada através de fundos públicos.

g) - Os estrangeiros vítimas de infração penal (definida no nº 1) no território nacional (compreendendo os navios e aeronaves nacionais) devem ser indenizados de acordo com os mesmos princípios aplicáveis aos cidadãos do país, sem que seja exigida reciprocidade pelo Estado estrangeiro.



CAPÍTULO X

A CRISE DO DIREITO PENAL

1. - A falência do Direito Penal

Há uma falência do Direito Penal? É extremar o problema com a resposta afirmativa. Os que pensam haver o Direito Penal penetrado numa fase crítica e de impotência para resolver os assuntos penais, extremam por demais os seus conceitos, estabelecendo um divisor fixo e acentuado entre o Direito Penal e as demais medidas que devem ser aplicadas, concomitantemente, para a solução do desajustamento social provocado pelo delito.

Não é o Direito Penal que enfraquece o seu poder científico e que desatende aos apelos das estruturas sociais. A crise é da sociedade. Não é exclusivamente penal. Deve, portanto, ser resolvida com uma política criminal eficiente que encontre esteio em uma base social, por ser esta o círculo maior, com capacidade de resolver os aspectos conjunturais do agrupamento humano.

É imprescindível a redução, ao mínimo possível, dos casos de condenação às penas privativas de liberdade. A prisão só para os casos irreversíveis a luz da Psicologia, da Psiquiatria, da Medicina, das Ciências Sociais, conforme já se assinalou.

A modificação pregada não é o único meio capaz de estabilizar o conflito acentuado entre a eficácia da lei penal e os efeitos sociais.

As novas penas devem recair, de preferência, sobre o patrimônio, sem, porém, deixarem de ser terapêuticos, repressivas, preventivas e úteis.

Os sistemas de aplicação podem preferir, por outro lado, a prisão albergue, o regime de semi-liberdade, o da ampliação do instituto do "sussis" com a obrigatoriedade de um acompanhamento mais eficaz,



onde a atuação do assistente social e do psicólogo estejam presentes, ao lado do Juiz da execução, o da suspensão das sentenças condenatórias mediante condições de amparo, patrimonial, e educacional as vítimas e aos seus dependentes, além do chamado regime de prova, quando o condenado fica obrigado a demonstrar a sua total reabilitação e ressocialização pela prática de atos que conduzam o executor da pena, no caso do Poder Judiciário, a firmar um convencimento integral sobre a reeducação do indivíduo.

Não há incapacidade do Direito Penal para atingir os objetivos visados pelo Estado. Este, teoricamente, é o responsável pelos crimes que se cometem, e se apresenta ineficiente no estabelecimento de condições para impedir o crescimento da prática delituosa.

Não é o Direito Penal responsável pelos 600 mil menores abandonados por ano, nem pelos 700 mil favelados, nem pelos 60 mil mandados de prisão sem cumprimento, nem pelos 12 mil presos encarcerados onde só cabem 7 mil, tudo existente no Estado de São Paulo, conforme revelação do Secretario de Segurança Pública, Antônio Erasmo Dias ³⁵.

Os problemas enfrentados pertencem ao Estado e devem ser atacados com conscientização da sociedade.

2. – Da Reforma Legislativa Brasileira

Há muito se vem discutindo a reforma da legislação penal brasileira, sem que os estudos e conclusões tenham, até o presente momento, determinado soluções definitivas.

Não obstante as inúmeras inovações introduzidas no ainda não vigente Código Penal de 1969 e pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977,

³⁵ Tribuna da Justiça, 30.10.74, artigo "Falência do Direito Penal" de Vicente Fernando Cascione, n. 770.



depara-se a lei brasileira com o não ter condições de atenuar a criminalidade cujos índices aumentam em escala elevada.

A coerção exercida pelos fatos sociais vem exigindo do governo que sejam tomadas urgentes atitudes, que redundem em rompimento com o sistema clássico de aplicação das penas do Código Penal de 1940.

Na impossibilidade de se determinar o contido no Código Penal de 1969, pelas inúmeras manifestações desfavoráveis ao referido Estatuto, partiu o Governo para alterar dispositivos do Código Penal atual (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941), comungando, até determinado limite, com o pensamento atual da doutrina penal sobre a necessidade de substituir a pena privativa de liberdade e/ou de atenuar a sua aplicação, salvo nos casos extremos.

João Uchoa Cavalcanti Neto, Presidente das Faculdades Integradas Estácio de Sá, Juiz de Direito, ao prefaciar a 4ª edição da obra de Aníbal Bruno de Oliveira Firmo, Editora Rio - Julho de 1976, "DAS PENAS", afirmou que:

Quanto a ser questão complexa, acrescentamos que basta um passo para repará-lo: pois a pena é uma preliminar confissão de fracasso por parte do sistema jurídico: Se ele se soubesse eficaz, porventura, preveria penas?

3. - Da contribuição jurisprudencial

Sendo a pena o momento decisivo da sistemática do Direito Penal, a jurisprudência vem oferecendo uma valiosa contribuição para que ela seja um problema menos complexo do que visualizam os doutrinadores.



São inúmeros os pronunciamentos dos tribunais que tendem, cada dia mais, pela atenuação da pena privativa de liberdade e adequação dos efeitos do delito à coação exercida pelo Estado.

O Colendo Supremo Tribunal Federal tem destacado em seus julgamentos a visão atual sobre o conceito da pena, inclinando-se pela aceitação da atenuação e tornando mais brando o rigor matemático do Código Penal.

A análise conjuntural das Súmulas sobre o Direito Penal nos mostra que, direta ou indiretamente, tem sido de larga contribuição o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, para que a aplicação da pena se aproxime das idéias correntes e que a concepção sobre o homem delinqüente não se restrinja aos efeitos de uma política unicamente de coação.

No instante em que a jurisprudência sumulada veda a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna, se filia à corrente dos que não aceitam o Direito Penal desligado dos problemas que interessam a nacionalidade, à família e à segurança social.

A inexistência de crime, quando há preparação de flagrante pela polícia, por tornar impossível, a consumação, é uma outra forma de se aplicar as normas do Direito Penal com menor rigor, contribuindo indiretamente para abrandarão sistema punitivo do Estado.

A Súmula 497 se constituiu em interpretação revolucionária quanto à aplicação da prescrição nos crimes continuados, tornando mais curto o tempo em que pode ocorrer a renúncia do Estado em apurar e punir o delito cometido.



De acordo com a mesma filosofia de ampliar a liberdade do condenado, a Súmula 499 considerou não ser óbice para a concessão do "sursis" a condenação anterior à pena de multa.

4. - Do Instituto da Unificação das Penas

Embora, ainda, temerosamente praticado, o instituto de Unificação das Penas pode ser apontado como medida incidental de execução que vem ajudando para uma fixação limitativa da aplicação da pena nos crimes continuados. É, portanto, medida de repercussão na tentativa de fazer social e humana a punição do Estado, por ajustar as penas para uma redução ao teto de 30 anos imposto pelo artigo 55 do Código Penal, em obediência ao preceito constitucional que veda as penas perpétuas.

Ocorrendo com o crime continuado um cúmulo jurídico de penas, deparava-se a jurisprudência com a situação de alguém ser condenado em vários processos a penas diversas, que, se somadas, independente de sua qualidade (detenção, reclusão, prisão simples), o total ultrapassasse a 30 anos.

O fato concreto exigia uma solução que se conciliasse com os princípios de humanização, passando a impor um comportamento jurisprudencial que respondesse a coerção exercida pela ineficácia do sistema seguido quanto às penas de prisão nos delitos continuados.

A regra do cúmulo material adotada pelo nosso Código (art. 51) manda somar as penas correspondentes aos crimes observados, quando ocorrer o concurso real.

A sistemática adotada é informada pela conduta múltipla do agente, que pratica duas ou mais ações ou omissões delituosas, sem que entre elas exista qualquer elo influenciador do resultado e tenham desígnios absolutamente autônomos.



A cumulação, entretanto, esbarra no artigo 55 do atual Código Penal, que não permite, em caso algum o máximo das penas privativas de liberdade, mesmo resultante de vários delitos, ultrapassar, em duração, a trinta anos.

A restrição imposta pelo legislador tem o seu fundamento na teoria de que penas com limites altos não servem para corrigir o delinqüente. Muito menos para conduzi-lo a um estágio de ressocialização e reeducação.

5. - Das penas no crime continuado

Há um rigor doutrinário e de ordem legal na conceituação do crime continuado. Isso determina que a descaracterização da ação continuada conduza ao sistema da aplicação cumulada das penas, concorrendo, assim, para uma punibilidade que passa a ser fixada com base era um resultado proveniente de simples operação matemática.

É evidente a falha de tal procedimento e o seu desacerto com a política criminal adotada na reestruturação de quem delinqüiu.

Na prática, a jurisprudência tomou posição em prol da humanização da pena, pelo que, em vários casos, vem dando uma elasticidade interpretativa ao conceito do crime continuado, situando no instituto, espécies de concurso material, com o objetivo especial de aplicar uma pena mais branda.

Havendo o Código Penal adotado a teoria objetiva, a respeito do crime continuado, dispensando, assim, a unidade de desígnio, o tempo passou a ser considerado como fator secundário para a constituição do instituto.



Não se obscurece, todavia, a certeza das opiniões de Jairo de Souza Alves³⁶ que afirma ser necessário para as condições de existência do crime continuado o fator tempo, pois, segundo "Costa e Silva dificilmente poderemos dar pela continuação quando é grande o espaço de tempo entre as infrações".

Não entendeu, porém, assim, o Egrégio Tribunal de Alçada de São Paulo, pois ao julgar a Apelação Criminal nº 17.258 - Capital, em que era recorrente José Pinto e recorrida a Justiça Pública, deu uma interpretação de natureza benevolente ao art. 51, § 2º, do Código Penal, ao reconhecer que o decurso de tempo inferior a 6 meses entre uma infração e outra permite admitir uma conexão temporal adequada ao reconhecimento do crime continuado³⁷.

A decisão altera, em parte, a conceituação básica de crime continuado e que foi explorada com profundidade por Manoel Pimentel, no magnífico estudo intitulado "DO CRIME CONTINUADO"³⁸.

O delito continuado é uma conduta penalmente relevante que se compõe de uma cadeia de atos físicos singulares, que se transformam em uma unidade social sensível, ou em uma "conexão jurídico social" apregoada por Johannes Wessels³⁹.

A ação continuada é uma forma especial de conexão jurídica e não se desconhece que essa figura jurídica foi desenvolvida pela jurisprudência para limitar o âmbito da aplicação do cúmulo jurídico das penas.

³⁶ Cione, Rubem - Da Unificação de Penas no Direito Penal, Editora Pro-Livro, pág. 52, sem data.

³⁷ Julgados dos Tribunais de Alçada - 1º Trimestre 1970, Vol. XI, págs. 132/133, citação de Rubem Cione, ob. cit., pá-s. 100/101.

³⁸ Pedro Pimentel (Manoel) - Do Crime Continuado - Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, 1969.

³⁹ Wessels, Johannes - Direito Penal (Parte Geral), tradução de Juarez Torres, Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1976, Porto Alegre, págs. 174/175.



A exigência única da homogeneidade dos delitos, com desprezo ao fator tempo, não atende aos requisitos formadores da ação delituosa de forma continuada, por prejudicar o processo formativo que tem de manter interligação entre a primeira e a última ação.

Não é possível a caracterização da continuação quando pode suceder entre um fato e outro um intervalo prolongado que enseje prova de que uma nova resolução se formou para que o agente ativo prossiga no débito para com a sociedade.

Em contra-posição ao que decidiu o Egrégio Tribunal de Alçada de São Paulo, acórdão antes citado, ressalte-se a lição do próprio Tribunal através da 4ª Câmara Criminal, em acórdão unânime:

Embora não seja indispensável a configuração da continuidade delitiva a rigorosa identificação entre o autor ou co-autores do primeiro crime e o autor ou co-autores dos subseqüentes, é manifesto que a sucessiva modificação ou supressão das pessoas físicas como agentes dos vários fatos delituosos sugere necessariamente a possibilidade de interrupção da corrente delituosa, de modo a se tornarem independentes entre si os vários fatos criminosos⁴⁰.

Da mesma forma não prospera o argumento de que o crime continuado tem como característica única a unidade de intenção na prática de vários atos delituosos. A intenção pode ser múltipla, porém, sempre em conexão e vinculada à sucessividade do tempo. Este é relegado a uma importância relativamente secundária, porém, nunca indispensável.

Não obstante os conceitos sobre a formação do crime continuado, a necessidade de aplicação branda da pena, resultando em sua humanização, vem permitindo que se inclua em seus limites casos de concurso material, com a finalidade única de obter um resultado técnico atenuante para o exercício da punibilidade.

⁴⁰ Pedro Pimentel (Manoel), ob. cit, pág. 152.



As decisões seguintes registram a tendência do que foi assinalado.

Crime continuado. Hipótese caracterizada. Estelionato. Delito praticado pelo réu em lugares diversos, mas empregando sempre a mesma maneira de execução. Distância no tempo e no espaço que não obsta, porém, a unificação de penas. Revisão deferida: Inteligência do art. 51, § 2º, do Código Penal⁴¹.

Pena. Unificação. Requerente que sofreu nove condenações. Habitualidade revelada na prática de crimes. Pedido não obstante parcialmente deferido. Inteligência do artigo 51, § 2º, do Código Penal⁴²

Crime continuado. Hipótese caracterizada. Acusado condenado a longa pena, por furtos cometidos de idêntica maneira e em épocas próximas. Revisão deferida. Inteligência do art. 51, § 2º, do Código Penal⁴³.

As ementas mencionadas estão incorporadas da filosofia adotada pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo que afirmou:

Em tema de unificação de penas não se pode perder de vista o objetivo da política criminal perseguido pelo legislador. Daí porque a interpretação do texto legal pertinente ao delito continuado deve ser liberal e não rigorosa⁴⁴.

O que foi visto é fruto da reação reinante na atualidade contra o sistema punitivo, quando se procura, de qualquer modo, fazer sentir ao Estado a ineficácia da pena privativa de liberdade, em regra geral.

6. - Das penas nos crimes meios absorvidos pelos crimes fins

A doutrina e a jurisprudência buscam outros meios para uma aplicação atenuada da norma penal.

⁴¹ Revista dos Tribunais, Vol. 413, pág. 303, Apelação Criminal 17.715, TACSP.

⁴² Revista dos Tribunais, Vol. 409, pág. 133, Apelação Criminal 99.399 - TACSP.

⁴³ Idem, Vol. 375, pág. 84, Apelação Criminal 87.316, TACSP.

⁴⁴ Jurisprudência Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo, pág. 533, Rec. Criminal nº 59.479.



A "vexatio questio", que remonta a épocas antigas, da absorção do crime meio pelo crime fim, continua em aberto, na atualidade, embora seja mais forte no momento a posição dos Tribunais que negam a existência do concurso e resolvem pelo crime único.

Mesmo inexistindo fundamentação legal para a absorção, esta determina a aplicação de uma pena mais branda e coerente com a finalidade social a ser atingida pela execução do Direito Penal.

Não há dúvida de que ontologicamente se apresentam dois delitos diferentes e distantes, que afetam objetividades jurídicas diversas. Contudo, a absorção quebra o rigor da aplicação cumulada das penas ou do agravamento, contribuindo para o processo de humanização.



CAPÍTULO XI

1. - A individualização da pena como meio de encontro da medida punitiva

Uma das maiores afirmações e conquistas do Direito Penal, na sua luta de atingir o objetivo de ser ciência de resultado eficaz, é a instituição do exercício judicial de individualização da pena.

Através dela encontra-se uma medida punitiva adequada a cada delinqüente, ajustando a sanção mais à natureza do criminoso do que a gravidade do delito ou ao mal realizado.

É tarefa que exige do juiz, segundo SOLER, "además de la competencia jurídica teórica... conocimientos psicológicos, antropológicos y sociales, junto con una fina intruición de la realidade histórica y una sensibilidad aguzada".⁴⁵

É função altamente responsável e revestida de certa discricionariedade, conforme diz a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940:

... para a individualização da pena, não se faz mister uma prévia catalogação, mais ou menos técnica, de espécie de criminosos, desde que ao juiz se confira um amplo arbítrio na aplicação concreta das sanções legais. Neste particular, o projeto assume um sentido marcadamente individualizador. O juiz ao fixar a pena não deve ter em conta somente o fato criminoso, nas suas circunstâncias objetivas e conseqüências, mas também o delinqüente, a sua personalidade, seus antecedentes, a intensidade do dolo ou grau de culpa e os motivos determinantes (art. 42). O réu terá de ser apreciado através de todos os fatores endógenos e exógenos de sua individualidade moral e da maior ou menor intensidade da sua "mens rea" ou da sua maior ou menor desatenção à disciplina social. Ao juiz incumbirá investigar, tanto quanto possível, os elementos que possam contribuir para o exato conhecimento do caráter ou índole do réu, o que importa dizer que serão pesquisados o seu curriculum vitae, as suas condições de vida individual,

⁴⁵ Soler, Sebastian - Derecho Penal Argentino, vol. 11, 1970, pág. 419, Tipografia Editora Argentina.



familiar e social, a sua conduta contemporânea ou subsequente ao crime, a sua maior ou menor periculosidade (probabilidade de vir ou tornar o agente a praticar o fato previsto como crime). Esta, em certos casos, é presumida pela lei, para o efeito da aplicação obrigatória de medida de segurança; mas fora desses casos, fica ao prudente arbítrio do juiz o seu reconhecimento (art. 77).

Não é processo fácil. O seu resultado deve primar pela eficácia, o que torna a tarefa mais exigente, que mereceu de Frederico Marques a observação seguinte:

Amarrado a preceptos de ordem procedimental, herdados da teoria e prática processual do direito intermédio, aquele código ainda adota os princípios do procedimento escrito, com todas as imperfeições e formalismos que o acompanham. Dá-se, assim, a um juiz que não presidiu a produção das provas, que não esteve em contato com o réu, o que do caso vai ter conhecimento tão só através de elementos mumificados nos autos, poderes discricionários, na graduação da pena, que exigem um conhecimento mais direto e imediato dos fatos sobre os quais vai sentenciar⁴⁶.

É momento em que a Ciência Penal fornece ao Juiz, para aplicar a pena, condições não objetivas de reabilitação e reeducação do infrator, porém, é sem dúvida, método de abrandamento da coação penal, reconhecido sem debates pela doutrina e jurisprudência, pelo que sempre se corrige a fixação da pena imotivada em quantia superior ao limite mínimo.

Na individualização o juiz busca encontrar os precedentes pessoais e familiares do réu, sob o aspecto físico, psíquico, moral e ambiental, para a obtenção de dados reveladores de sua personalidade e do seu estado perigoso, pois, conforme acentua Maggiore,

en todo acto humano, aun en el más perverso, hay infinitas situaciones y matices de situaciones que, por su novedad y su carácter imprevisible, se escapa a la reglamentación de la

⁴⁶ Marques, J. Frederico - Curso de Direito Penal, São Paulo, Edição Saraiva, 1956, Vol. III, pág. 265.



más pedantesca casuística. En cada acto humano existen "imponderables jurídicos que ninguna ley puede prever, definir ni catalogar, y que solo puede apreciar-los una conciencia ética, vigilante y particular. Tal el magistrado, entendido, según la imagen aristotélica, como el justo viviente⁴⁷.

⁴⁷ Maggiore, Giuseppe - Derecho Penal, tradução do italiano por José Ortega Torres, Bogotá, Lib. Editora Tenis Ltda., 1951 e 1952, vol. II, pág. 62.



CAPÍTULO XII

MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS NO CÓDIGO PENAL DE 1940 QUANTO À APLICAÇÃO DA PENA DE PRISÃO

1. - A Lei nº 6.416, de 24.05.77

O sistema que passou a adotar o Código Penal, com a Lei nº 6.416, de 24.05.77, quebrou o rigor até então vigente e representa a maior contribuição que o legislador brasileiro deu para a absorção das idéias de ressocialização e reeducação do condenado que vigem no pensamento contemporâneo.

Não se deve, contudo, deixar de se reconhecer a timidez com que a reforma foi feita.

Mesmo assim não perde a importância de resultado pelo que representa para a aplicação das penas de prisão e os efeitos positivos que advirão.

2. - Da aplicação da Lei nº 6.416, de 24.05.77

As alterações introduzidas pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei das Contravenções Penais, passaram a vigorar na data da publicação no Diário Oficial da União, em 25.05.77, por força do disposto no art. 6º da referida Lei.

Diante da regra geral de vigência adotada pelo legislador, a aplicação da lei deparou-se com três situações:

a) - Agentes ativos que estão respondendo processos por fatos praticados antes de sua vigência e que ainda não foram julgados.

b) - Acusados que já foram processados e julgados, sem, contudo, a sentença haver atingido o trânsito em julgado.



c) - Réus que estão recebendo os efeitos da execução da sentença, em face da coisa julgada.

Há na Lei nº 6.416, de 24.05.77, alterações à norma substantiva e ao diploma processual.

Quanto ao direito adjetivo é indiscutível e incontroverso a aplicação imediata, alcançando o processo na fase em que se encontra.

A regra, contudo, não é a mesma para a aplicação da Lei Penal Substantiva. Esta se encontra subordinada a determinações que a vincula ao objetivo do direito, como ciência social.

A regra maior é ditada pelo princípio da legalidade absoluta ou da reserva legal ou da anterioridade da lei penal, tradicionalmente expresso no "Nullum crimen nulla poena sine lege", criado por Paulo Anselmo de Fierbich, jurista alemão, fundador da Moderna Ciência Penal na Alemanha, precursor do Positivismo Penal e adepto da Escola Clássica.

Decorre desse princípio que a não retroatividade da lei penal impera de modo absoluto, não voltando para alcançar fatos não incriminados no tempo da sua ocorrência e para não aplicar a pena inexistente a época da consumação.

A irretroatividade, entretanto, perde o seu absolutismo quando a lei posterior deixa de considerar crime um determinado fato ou quando favorece ao agente de qualquer outro modo.

É a prevalência da lei mais favorável resolvendo o conflito das leis penais substantivas no tempo, sob a inspiração de que desaparece a base filosófica do direito punitivo quando a ordem social passa a considerar sem nocividade o ato praticado.

No círculo abrangente da aplicação da pena, três momentos podem ser distinguidos:



a) - fase legal, em que a pena atua como uma cominação abstrata contida na lei;

b) - momento judicial que é o da aplicação da pena pelo juiz ao fato ilícito concreto, de acordo com a criação da norma legal;

c) - fase da execução que representa o procedimento pelo qual o Estado faz compelir o condenado a cumprir a pena que lhe foi aplicada.

Com a vigência da Lei nº 6.416, de 24.05.77, que modificou substancialmente o instituto das penas no Direito Penal Brasileiro, o conflito surgido quanto a sua aplicação no tempo exige sintonia com os momentos pelos quais se desenvolve a pena, adequando a validade da lei aos casos concretos em harmonia com a Constituição Federal e com o Código Penal.

3. - Leis Penais no Tempo. Hipóteses de conflitos

A lei penal posterior pode se apresentar em situação de conflito com a anterior nos casos seguintes:

a) - A lei nova da tipicidade penal a fatos não considerados ilícitos. Ocorre a "novatio legis" incriminadora que se subordina ao império da regra "tempus regit actum". O aforismo "nulum crimen sine praevia lege" é o fundamento que inspira a ausência da lei a ilícito anterior, por se constituir apenas em fato, por não haver crime sem lei anterior que o defina (art. 1º, Código Penal).

b) - Há, na lei nova, a supressão de normas que antes tipificavam determinados fatos como criminosos. Dá lugar ao surgimento do "abolitio criminis", hipótese do artigo 2º, caput do Código Penal, pelo que ninguém pode ser punido por fato que posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória".

c) - Há uma modificação introduzida pela lei nova no regime anterior, agravando a situação do sujeito, o que é chamado de "novatio legis in pejus".

A força da irretroatividade da lei mais severa não permite que a situação do sujeito ativo seja agravada. Vigora a mais benéfica, graças ao princípio da ultra-atividade da lei menos severa, com fidelidade ao sistema do "tempus regit actum".

d) - A lei nova, que de outro modo modifica o regime anterior, proporcionando benefícios ao sujeito ativo, com a inclusão de circunstâncias terminativas ou atenuantes até então não existentes; com a criação de causas extintivas da punibilidade que eram desconhecidas da legislação anterior; com exigências de condições de procedibilidade antes não contidas na norma legal; com a diminuição do prazo prescricional; com a permissão de "sursis" e do livramento condicional antes não permitidos de causas de exclusão da antijuridicidade e da culpabilidade antes não existentes, etc...

4. - Da solução dos conflitos surgidos com a Lei nº 6.416.

No tocante ao disposto na Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, considerando, tão-somente, o aspecto substantivo, as hipóteses de conflitos podem ser resolvidos no âmbito do parágrafo único, artigo 2º, do Código Penal, já que não ha em seu corpo casos de "abolitio criminis", de "novatio legis" incriminadora e de "novatio legis in pejus".

As modificações introduzidas se restringem, primeiramente, ao Título V, quanto ao cumprimento das penas privativas de liberdade, aos efeitos da reincidência, a suspensão condicional da pena, ao livramento condicional e às interdições de direito.



Em segundo lugar, o Título VI do Código Penal, relativo às medidas de segurança, foi alterado para que sejam visualizados mais cientificamente a verificação e a presunção da periculosidade.

O instituto da extinção da punibilidade recebeu pequenas mudanças que acarretam benefícios para o condenado ou para o sujeito ativo do delito.

Na Parte Especial do Código Penal só foram atingidos os artigos 129 e 121, também com situações que atenuam a aplicação da pena.

A única alteração que não pode ser resolvida a luz do artigo 2º, § único, do Código Penal, é a relativa ao reajuste da pena de multa ao atual padrão de cruzeiro, por se encontrar disciplinada pela rigidez da irretroatividade, recaindo unicamente aos fatos ilícitos penais cometidos a partir do dia 25.05.77, quando entrou em vigor a lei.

Os extremos fixados para a solução dos conflitos da lei penal no tempo se resumem, segundo E. Magalhães Noronha⁴⁸, nos princípios da irretroatividade da "lex gravior" e da retroatividade da "lex mitior", isto é, irretroatividade "in pejus" e retroatividade "in mellius".

A Lei 6.416, de 24.05.77, durante muitos anos vai ser aplicada em situação de conflito com os artigos do Código Penal que foram modificados, sempre orientada para os efeitos da retroatividade "in mellius". E, o fundamento legal é o § único do art. 2º, do Código Penal, onde duas hipóteses são consideradas: a) a da lei que comina pena menos rigorosa ao fato definitivamente julgado; b) a da lei que de qualquer outro modo favorece o agente.

Quanto à primeira hipótese não há motivos para aplicação da Lei 6.416, salvo o introduzido nos artigos 121 e 129 do Código Penal.

⁴⁸ Noronha, E. Magalhães - Direito Penal, 19 Volume, Saraiva, 1973, págs. 76/72.



A segunda hipótese, realmente, abrange quase toda a estrutura da Lei 6.214, pois, contém esta disposições várias que favorecem o sujeito ativo do delito, independentemente de penas menos rigorosas.

No exame dos efeitos do § único do artigo 2º, do Código Penal, há necessidade de compatibilizar o seu conteúdo, na parte que manda aplicar a retroatividade, tão-somente, ao fato não definitivamente julgado, ao primado incondicional da Constituição Federal atual, artigo 153, § 16, também consagrado na Carta Magna de 1946, artigo 141, § 29, que derogou a restrição da norma ordinária, pelo que, independentemente da condição processual, a lei retroage quando beneficiar o réu.

O preceito constitucional remediou a limitação imposta pelo Código Penal de 1940 e que a Exposição de Motivos justificou como sendo de pura economia do processo judiciário "uma razão pratica extra-jurídica-penal"⁴⁹, com a finalidade de evitar "a extensa e complexa revisão ou ajustamento de processos já ultimados".

⁴⁹ Noronha, E. Magalhães - Direito Penal, 19 Volume, Saraiva, 1973,págs. 76/72.



CAPÍTULO XIII

MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 6.416, DE 24.05.77, QUANTO A PENA DE PRISÃO.

1. - Do cumprimento das penas privativas de liberdade pelas mulheres.

Dispunha o § 2º, do art. 29, do Código Penal de 1940, que as mulheres cumpriam "pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em seção adequada de penitenciária ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno".

As mulheres tinham, portanto, de ser instaladas em estabelecimento separado dos homens, procurando se atender às necessidades peculiares fixadas pelo Direito Penitenciário, sem que ficassem desobrigadas do trabalho interno que, nem sempre, era oferecido de acordo com as tendências de cada reclusa.

O introduzido no § 3º, do artigo 29, do Código Penal, pela lei examinada, consiste em estabelecer para as mulheres dois tipos de trabalho: a) - um que se caracterize pela sujeição as regras do regulamento do presídio e que é executado internamente; b) - o outro, possuindo caráter de benefício, exigindo implicitamente que a reclusa apresente condições que a capacitem a gozar do direito do trabalho externo.

O trabalho é uma instituição penal que se destina a orientar o condenado para se agasalar nos processos de recomposição da sua personalidade. Entretanto, a sua aplicação necessita de ser regida pelas linhas mestras fixadas pelo Direito Penal, que determina o "gênero de vida e as atividades" (Aníbal Bruno, Das Penas, pág. 76) a que estará submetido o condenado, cabendo ao direito estudar o tratamento penal em execução.



O núcleo das mudanças instauradas pela Lei nº 6.416, se encontra no artigo 30, seus parágrafos e incisos, do Código Penal, que passaram a ter nova redação.

Houve a preocupação de adaptar ao nosso sistema punitivo as idéias reinantes, na atualidade, sobre os variados processos destinados à obtenção efetiva da ressocialização e reeducação dos condenados.

2. - Das atividades do recluso

Inicialmente, o recluso é submetido a atividades adequadas que permitam uma observação conclusiva a respeito de sua personalidade.

O homem condenado passou a representar para o Direito Penal um ser humano onde os elementos condutores da formação de sua estrutura bio-psíquica são estudados com a finalidade de ser ajudado a sair do círculo de conflitos que o abrangem.

A redação atual do caput do art. 30, Código Penal, determina que "O período inicial, do cumprimento da pena privativa da liberdade; consiste na observação do recluso, sujeito ou não a isolamento celular, por tempo não superior a três meses, com atividades que permitam completar o conhecimento de sua personalidade".

O Estado assumiu uma tarefa que necessita, primeiramente, de dotar as penitenciárias de profissionais capacitados no campo da psicologia, da Psiquiatria, da Sociologia e do Serviço Social, que, trabalhando ao lado do especialista em Direito Penal, possam alcançar os objetivos de tal reformulação, considerada o mais profundo avanço em nosso sistema punitivo.

A norma legal vai exigir do Direito Penitenciário que discipline a efetividade da observação, os meios empregados para o seu exercício e como serão apurados os seus resultados.



3. - Significado do termo "observação"

O termo "observação" foi empregado no seu conceito mais amplo, sem se vincular, unicamente, a do tipo psicológica, psiquiátrica ou sociológica.

A observação é uma das técnicas empregadas pelas ciências sociais com a finalidade de investigar os fenômenos que exigem conclusões científicas.

Entre os tipos de observação há a efetuada através de uma conduta que leva o investigador a não participar da situação, limitando-se a fazer suas anotações sem qualquer relacionamento pessoal com o fato.

O tipo de observação mais eficaz é a participante, em que a pessoa que estuda os problemas passa a conviver com o investigado, a maior parte do dia, quando tem oportunidade de descobrir as suas tendências, reações, formas de comportamento e estabilidade do caráter.

A atuação observadora é destinada ao conhecimento da personalidade do recluso, quando a sua estrutura de hábitos adquiridos na vida individual e social é revista e dissecada.

O descobrir da personalidade tem sua base "biológica na individualidade que age como fator determinante sobre o processo de aquisição de idéias e atitudes"⁵⁰.

Há que ser estabelecido um critério para que os efeitos da lei sejam alcançados. O conhecimento da personalidade do sentenciado vai representar uma síntese dramática da cultura que houver em cada um, com revelação de tragédias e de desorganização psíquica e social.

⁵⁰ Exposição de Motivos ao Código Penal, Código Penal, Edição Saraiva, 1975, pág. 19.



O homem recluso passou a ser, assim, compreendido, influenciando a pena para determinar uma estabilidade interior e exterior, com profundos alcances de ressocialização.

As atividades desenvolvidas pelo recluso devem fornecer elementos que possam distinguir o tipo da personalidade possuída, a qual pode se apresentar de forma variada, em cada pessoa.

O Direito Penal penetrou numa fase que reconhece a sua incapacidade de cuidar do problema, tendo de se valer das teorias sociológicas, psiquiátricas e psicológicas.

O conhecimento de um detento dotado de uma personalidade dilatada vai exigir um tratamento diferente para o que é portador de uma personalidade extrovertida ou introvertida, trabalho este que não encontra regras no Direito Penal, por ser campo próprio da Psicologia.

O Direito Penal tomou um rumo diferente sob a influencia dos modernos estudos criminológicos e pela absorção dos princípios da Escola de Defesa Social. O seu objetivo punitivo assinala a política de prevenção especial do crime pela emenda do criminoso, quando exige o ajustamento da pena à personalidade do recluso, visando uma eficaz recuperação do indivíduo.

A norma penal modificada não se contentou com o estudo da personalidade do criminoso que o juiz é obrigado a fazer, quando da aplicação da pena.

Assumiu o Código, com a reforma, uma posição mais ampla do que a de 1940, alargando a sua consideração pela pessoa humana, acompanhando-a no cumprimento da pena e tentando descobrir a sua realidade naturalística.

4. - Da personalidade do recluso



O "caput" do art. 30, do Código Penal, fala em completar o conhecimento da personalidade do agente recluso. Certa a disposição legal, por haver imposição dirigida ao juiz para procurar definir as condições da personalidade do sujeito para "encontrar a razão de ser da sua criminalidade mais ou menos arraigada, mais ou menos agressiva" .

A complementação do conhecimento da personalidade é feita através de atividades que são efetuadas pelo recluso, sujeito ou não a isolamento celular.

A lei não foi casuística na discriminação das atividades, o que torna a tarefa laboriosa e problemática.

Ao recluso podem, de acordo com os fundamentos das ciências antropológicas, ser impostas as funções a seguir enumeradas que produzirão resultados compatíveis com a meta de se conhecer o tipo de sua personalidade.

Ei-las:

- Submeter o recluso a entrevistas dirigidas e periódicas com a finalidade de ativar um relacionamento mais próximo entre ele e a pessoa interessada, como também, descobrir revelações íntimas que mostrem gradativamente o seu mundo interior.

- Em decorrência da análise do conteúdo das entrevistas dirigidas, ao recluso devem ser apresentados questionários que permitam respostas subjetivas ao nível cultural dos mesmos. Se houver dificuldades nas respostas, o observador ou entrevistador poderá auxiliar, sem exercício de influência pessoal, no preenchimento do que foi apresentado.

- Atividades de lazer que se coadunem com os interesses demonstrados pelo recluso, visando a ocupação adequada do seu tempo



livre, a fim de que manifestações de criatividade demonstrem o posicionamento da personalidade do agente.

- Aplicação de testes para uma suposta medição da personalidade, quando as questões devem se relacionar com um problema social central.

- Atividades que demonstrem atitudes de relacionamento com os companheiros de prisão, no trabalho conjunto, com os familiares, por meio de encenações teatrais, trabalho de grupo, etc...

5. - Do trabalho do recluso

Terminado o período de observação, não superior a três meses, com o conhecimento completo da personalidade do recluso, este passara a trabalhar dentro do estabelecimento em que cumpre a pena ou fora dele, de conformidade com as suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que haja compatibilidade com os objetivos da pena.

Não se desligou a lei do conceito de que "o trabalho é uma prática integrada na vida das penitenciárias modernas", representando forte elemento de recuperação do criminoso pela finalidade educativa que desempenha.

O seu exercício deve corresponder às aptidões do sentenciado ou ocupações anteriores, de forma que seja executado com satisfação.

O recluso, no regime anterior, não tinha respeitado o direito de exercer uma atividade que contribuísse para conservar as suas qualidades profissionais ou para desenvolvê-las. Passava a trabalhar sem qualquer critério de orientação e só podia fazê-lo dentro do estabelecimento, ou fora dele, quando fosse em obras públicas.



Encontrava-se, pela reforma, superada a possibilidade de rejeição ao trabalho por inadaptação e de surgir conflito pelo tipo praticado.

A parte final do § 1º art. 30, condicionou o trabalho do recluso à existência de sua compatibilidade com os objetivos da pena.

Os objetivos da pena são fixados pela Doutrina Penal e constituem princípios jurídicos que determinam o atuar do Estado em sua função punitiva.

A compatibilidade buscada pelo legislador é necessária a ressocialização e reeducação do apenado. Passou a existir uma sistematização constante que se dedica a avaliar se, realmente, o tipo de trabalho executado pelo recluso está contribuindo para o progresso do seu processo de recuperação.

6. - Do trabalho externo

O trabalho externo pode ser exercido em qualquer regime a que se encontre o recluso: fechado, semi-aberto e aberto.

Não impede, porém, que as medidas próprias para a imposição da disciplina e contra a fuga sejam tomadas..

O exercício do trabalho não desvincula o recluso das suas obrigações para com o estabelecimento penal. A sujeição à disciplina faz parte do processo educativo. É força determinante de obediência e de vínculo para com os fenômenos interativos que circundam o sentenciado.

Uma restrição foi imposta aos detentos que se encontram em regime fechado. Só podem se dedicar a trabalhos externos realizados em obras públicas, sob vigilância do pessoal penitenciário.

7. - Da remuneração do trabalho



A remuneração do trabalho do recluso passou a ser disposta na lei penal, que, também, regulamentou a aplicação do seu produto.

O Código Penal não determinava a obrigação da remuneração ao recluso, embora, a norma constitucional não admita a prestação de serviço gratuito.

O Decreto-Lei nº 1.004, de 21.10.69 (Código Penal ainda não vigente), introduziu no § 2º, do art. 37, a obrigação do trabalho e a contraprestação da remuneração.

O trabalho é constitucionalmente considerado como condição da dignidade humana (art. 160, II, da Constituição Federal).

Da mesma forma, toda autoridade está obrigada a respeitar a integridade física e moral do presidiário (§ 14, artigo 15, Constituição Federal).

Não havia razão, portanto, para o silêncio do dispositivo anterior, embora, mesmo assim, a regra constitucional não pudesse ser violada.

Com a obrigatoriedade da remuneração do trabalho do recluso, a valorização de sua prática se acentuou, evitando-se, também, várias formas de exploração antes existentes.

A preocupação do Estado com o recluso, através da Lei 6.416, chegou a tal ponto que foi disciplinada a aplicação do produto oriundo do trabalho.

As restrições à livre manifestação do que o recluso obtiver com o seu trabalho constituem uma ingerência do Poder Público no patrimônio privado do sentenciado, pelo que devem ser examinadas sob os critérios objetivos da estabilidade que elas prometem alcançar.



A primeira se destina à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios.

Não se desconhece que o delito penal produz efeitos de natureza civil, além dos seus próprios.

O dano penal é punido com a pena. O dano civil com a obrigação do ressarcimento, restabelecendo a integridade do patrimônio.

O dano penal é apurado em processo isolado do dano civil, embora não seja quebrada a vinculação existente, por força da execução da sentença penal transitada em julgado (art. 74, I, C. Penal).

A pena é executada pela coerção restritiva da liberdade, ou pela obrigação do pagamento de multa, ou pelas interdições de direito.

O dano civil de origem penal é ressarcido pela coerção processual civil (processo de execução), por a sentença penal lhe haver tornado certo e inquestionável. É dívida não mais penal que só se resolve pela penhora de bens. É dívida civil que não permite prisão para o seu cumprimento, por não se enquadrar nas exceções previstas no § 17, art. 153, da Constituição Federal.

Igualmente, não se permite que a penhora em bens, para resolvida, recaia em salários, por serem considerados absolutamente impenhoráveis, por força do artigo 649, IV, do Código de Processo Civil.

A modificação introduzida quebrou uma tradição de nosso Direito e afeta o instituto da disponibilidade dos salários percebidos em decorrência do exercício do trabalho.

A determinação judicial de que fala a letra "a" do § 3º, do artigo 30, é a do juízo cível oriunda de sentença transitada em julgado, ou



de ordem de execução, por não caber no processo penal a coerção para ressarcimento dos danos, matéria estranha aos seus propósitos.

Introduziu-se, em nosso sistema de execução civil, uma forma peculiar de pagamento do dano, disciplinada na lei penal, voltando-se às épocas remotas em que o produto do trabalho respondia direta e necessariamente pela dívidas assumidas por atos ilícitos criminais.

Ao lado de toda evolução introduzida pela Lei nº 6.416, se vislumbra resquícios do regime punitivo puramente pecuniário, quando o relevante no crime era também o dano por ele causado, com uma agravante, na atualidade, que é a forma como se afetou o patrimônio do presidiário, tornando penhorável o fruto do seu trabalho.

A audácia do legislador violou a tradição de nosso direito em toda a sua extensão, de que não pode haver prisão por dívidas, salvo as hipóteses de depositário infiel e pensão alimentícia. Foi muito mais longe, obrigando o preso ao trabalho e dirigindo o produto para a indenização do dano civil cometido. Há uma dupla penalidade. A aplicada após análise dos fatos, a surgida em consequência do cumprimento da pena de prisão.

A melhor solução teria sido a de criar fundos públicos para a indenização das vítimas, taxando a remuneração com o suficiente para não desestimular o sentenciado para o trabalho.

8. - Do amparo à família do sentenciado

As demais formas de aplicação previstas nas letras "b", "c", "d", do § 3º, do art. 30, constituem amparo à família do sentenciado e a ele próprio. É meio de atenuar os efeitos da condenação que repercutem, com tal medida, em menor escala no seio familiar, garantindo, outrossim, a formação de uma reserva para ser utilizada quando for liberado da pena.

9. - Do grau de instrução do recluso



O § 4º, do artigo 30, só permitiu que presidiários beneficiados com os regimes semi-abertos e abertos pudessem desenvolver o grau de instrução.

A restrição não é das mais felizes. Aos do regime fechado não há razão de política criminal que contra-indique o desenvolvimento de suas aptidões intelectuais. A educação dirigida é uma atividade capaz de contribuir intensamente para a ressocialização e reeducação do condenado, não só pela capacidade de elevar a sua posição na escala social, como pelo profundo efeito de ser meio liberatório de tensões.

10. - Do condenado não perigoso

O § 5º, do artigo 30, se preocupa com o condenado não perigoso, facultando o seu recolhimento a estabelecimento de regime semi-aberto, desde o início, se a pena não ultrapassar oito anos, ou, se ultrapassar, após ter cumprido um terço dela em regime fechado.

A verificação da periculosidade é determinada pelos artigos 77 e 78, do Código Penal, e pode ser real e presumida. O seu reconhecimento, quando não for presumida legalmente, deve se basear em fatos concretos e apurados à luz de conceitos psicológicos, psiquiátricos e criminais.

11. - Dos regimes abertos ou semi-abertos

A colocação do condenado em regime semi-aberto ou aberto não o isenta de se submeter ao período de observação do artigo 30, nem também à disciplina imposta para a efetividade do trabalho.

No caso da pena não ser superior a quatro anos recolhimento poderá ser feito a estabelecimento de regime aberto, desde o início, ou, após o cumprimento de um terço da pena em regime fechado ou semi-aberto, quando for superior a quatro, porém, não maior do que oito anos,



ou, ainda, se for superior a oito, após ter cumprido dois quintos em outro regime.

A permanência, a transferência e o retorno de um para outro regime ficam a cargo da regulamentação que a lei local baixará ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente (§ 6º, art. 30, do Código Penal).

12. - Da quebra da unificação do Direito Penal

A unificação do Direito Penal foi quebrada com a permissibilidade assinalada, por ensejar a cada Estado dispor sobre o cumprimento da pena, em cada um dos três regimes, permitindo que vários sistemas sejam implantados, salvo se houver um consenso dirigido pelo Poder Central.

É supletiva a legislação estadual e obrigada a respeitar a lei federal, de conformidade com o § único, do inciso XVII, do artigo 8º, Constituição Federal. Mesmo assim, poderá variar de Estado para Estado a regulamentação a ser baixada, por não terem sido fixados os parâmetros básicos que deviam ser obedecidos, além do disposto no artigo 30 e seus parágrafos.

A regulamentação, também, irá disciplinar as concessões de prisão-albergue, de cumprimento de pena em prisão na comarca da condenação ou da residência do condenado, de trabalho externo, de poder freqüentar curso profissionalizante e de obter licença para saída do presídio.

O parágrafo 7º, do artigo 30, estabelece que as normas supletivas deverão cuidar dos requisitos objetivos e subjetivos que devem ser exigidos dos condenados para a obtenção dos favores criados no § 6º, além de determinar as condições e regras de conduta a serem



observadas, fixando os casos em que a revogação e a nova obtenção podem ocorrer.

Por último, pelos incisos IV, V e VI, deverá ser regulado o curso do processo para o exame das concessões, ficando com a incumbência da fixação da competência judicial e de determinar o documento a ser expedido, para possibilitar a fiscalização por entidade a ser indicada.

13. - Aspectos positivos das inovações

O surgimento de tais normas supletivas irá confirmar ou não a preocupação manifestada sobre a quebra da unificação do Direito Penal. Os critérios fixados pela lei federal permitem que a diversidade de sistemas seja implantada em cada Estado, onde, certamente, condições mais favoráveis irão surgir em alguns e menos favoráveis em outros.

A conduta legislativa teria sido mais eficaz se houvesse, de maneira casuística, regulamentado as concessões, o que poderia ter sido declinado para a forma de decreto federal, sem ferir o sistema hierárquico do processo legislativo.

De resto, só o fato do Direito Penal passar a encarar o ser humano condenado como elemento integrante da movimentação social, dirigindo a sua atuação em prol da sua ressocialização e reeducação, diminuindo os efeitos do encarceramento, fixa a certeza de que as inovações introduzidas alcançam o que de mais positivo existe na Ciência Penal da atualidade.

O absolutamente positivo com as diretrizes da Lei nº 6.416 sobre o nosso sistema penal quanto ao cumprimento da pena privativa de liberdade é o fato de que foi enorme o avanço do legislador para permitir a humanização das penas e a conseqüente ressocialização e reeducação



do sentenciado por meios modernos, com profundo respeito à pessoa numa na e com fé na Justiça.



BIBLIOGRAFIA

- 1)- Alvarez, Alejandro Bugallo - Pressupostos Epistemológicos para o Estudo Científico do Direito, pág. 77, Editora Resenha Universitária, São Paulo - 1976.
- 2)- Idem, idem, pág. 74.
- 3)- Pontes de Miranda - Sistema da Ciência Positiva do Direito, Vol. IV, Rio, Borsoi, 2ª. edição, 1972, pág. 3.
- 4)- Revista de Ciência Penal - nº 1 - Editora Convívio, pág. 158 - Tradução do Prof. Heleno Cláudio Fragoso que foi um dos co-presidentes do Congresso.
- 5)- Chinoy, Ely - Sociedade, Uma Introdução à Sociologia, Editora Cultrix-1967.
- 6)- Canestri, Francisco, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Central de Venezuela - Los Procesos de Decriminalizacion y Criminalizacion, pág. 3, Artigo publicado na Revista Ciência Penal nº 1, Editora Convívio, São Paulo, 1976.
- 7)- Lyra, Roberto, Novo Direito Penal, Borsoi, 1971, página 5, Vol. III. 8)- Idem, idem.
- 9)- Idem, idem, pág. 108.
- 10)- Alvarez, Alejandro Bugallo, obra citada, pág.89.
- 11)- Revista Ciência Penal nº 1 - Editora Convívio, página 159.
- 12)- Lyra, Roberto - obra citada, pág. 29.
- 13)- Moraes, Benjamin, - A Aplicação da Pena Indeterminada no novo Código Penal Brasileiro, in Revista Ciência Penal 2, pág. 22, Editora Convívio.
- 14)- Donnici, Virgílio - A Criminologia na Administração da Justiça Criminal, Forense, 1976, pág. 1.
- 15)- Idem, idem, pág. 12.
- 16)- Costa, Álvaro Mayrink da - Criminologia, pág. 30, Editora Rio, 1976.
- 17)- Sodré, Muniz - As três Escolas Penais, 4a. edição, Rio, 1938.



- 18)- Mendes, Nelson Pizzotti - Problemas Atuais da Criminologia, pág. 5, Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1976.
- 19)- Saldanha, Nelson Nogueira - Sociologia do Direito, RT, 1970. 20)- Idem, idem.
- 21)- Idem, idem.
- 22)- Alencar, Ana Valderez A.N. - "As prisões e a Execução da Pena Privativa de Liberdade, in Revista de Informação Legislativa, n. 30, pág.179. I
- 23)- Lyra, Roberto, obra citada, pág. 107.
- 24)- Alencar, Ana Valderez A.N., já citada, mesma obra, pág. 181.
- 25)- Lyra, Roberto - Direito Penal Normativo, José Konfino, 1975, págs. 183/185.
- 26)- Alencar, Ana Valderez A. N., obra cit, pág. 183.
- 27)- Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Ano I, nova série - nº 2, Julho/Setembro de 1963, págs. 103/5.
- 28)- Miotto, Armida Bergamini - Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes, in Rev. Informação Legislativa, Edição Senado Federal, nº 34, pág. 42.
- 29)- Idem, idem, pág. 46-
- 30)- Revista de Ciência Penal - Editora Convívio.
- 31)- Beccaria, Marques de, Cesar Bonesana - Dos Delitos e das Penas, citado por Magalhães Noronha, Direito Penal, Vol. 1, Saraiva.
- 32)- Costa, Álvaro, ob. cit. pág. 19.
- 33)- Mendes, Nelson Pizzotti, ob. cit., pgs. 18/19.
- 34)- Fragoso, Heleno Cláudio - Direito Penal e Direitos Humanos, Forense, 1977.
- 35)- Revista de Ciência Penal, nº 1, Editora Convívio, São Paulo, 1975, págs. 164/165.
- 36)- Tribuna da Justiça, 30.10.74, artigo "Falência do Direito Penal", de Vicente Fernando Cascione, n. 770.



- 37)- Cione, Rubem - Da Unificação de Penas no Direito Penal, Editora ProLivro, pág. 52, sem data.
- 38)- Julgados dos Tribunais de Alçada - 1º Trimestre 1970, Vol. XI, págs. 132/133, citação de Rubem Cione, ob. cit., pá-s. 100/101.
- 39)- Pedro Pimentel (Manoel).- Do Crime Continuado - Revista dos Tribunais, 2ª. edição, São Paulo, 1969.
- 40)- Wessels, Johannes - Direito Penal (Parte Geral), tradução de Juarez Torres, Ed. Sergio Antônio Fabris, 1976, Porto Alegre, págs. 174/175.
- 41)- Pedro Pimentel (Manoel), ob. cit, pág. 152.
- 42)- Revista dos Tribunais, Vol. 413, pág. 303, Apelação Criminal 17.715, TACSP.
- 43)- Revista dos Tribunais, Vol. 409, pág. 133, Apelação Criminal 99.399 - TACSP.
- 44)- Idem, Vol. 375, pág. 84, Apelação Criminal 87.316, TACSP.
- 45)- Jurisprudência Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo, pág. 533, Rec. Criminal nº 59.479.
- 46)- Soler, Sebastian - Derecho Penal Argentino, vol. 11, 1970, pág. 419, Tipografia Editora Argentina.
- 47)- Marques, J. Frederico - Curso de Direito Penal, São Paulo, Edição Saraiva, 1956, Vol. III, pág. 265.
- 48)- Maggiore, Giuseppe - Derecho Penal, tradução do italiano por José Ortega Torres, Bogotá, Lib. Editora Tenis Ltda., 1951 e 1952, vol. II, pág. 62.
- 49)- Noronha, E. Magalhães - Direito Penal, 19 Volume, Saraiva, 1973, págs. 76/72.
- 50)- Exposição de Motivos ao Código Penal, Código Penal, Edição Saraiva, 1975, pág. 19.

PUBLICAÇÕES: Arquivo Judiciário, Revista Forense, Revista Trimestral de Jurisprudência, Tribuna da Justiça.

