

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE *

(Fisionomia e Questões)

RENÉ ARIEL DOTTI

(Prof. Assistente de Direito Penal)

SUMÁRIO:

1. Fisionomia; 2. Unificação das penas privativas de liberdade; 3. Isolamento celular contínuo; 4. Trabalho nas prisões; 5. Finalidade da pena; 6. Legalidade na execução da pena; 7. Conclusões.

1. A pena é um dos caminhos convencionados pelo homem na procura da paz.

Em seu itinerário de existência, que coincide com a idade da natureza humana, vai modelando a imagem espiritual de seu criador.

O Direito Comparado mostra que em todos os agrupamentos humanos, desde a mais pretérita época, a pena surge como **malum passionis quod infligitur propter malum actionis**, forma de reação contra aquêle que perturbou e porque perturbou a paz, considerada como elemento primário de segurança material.

Entre os grupos biológicos que precederam a fundação do Estado, encontram-se duas formas de pena primitiva: a punição do membro da tribo, responsável pela intranqüilidade gerada contra seus companheiros, e a punição do invasor que agredia os interesses da comunidade. No primeiro caso, aparece como **perda da paz** largamente aplicada na pré-história do Direito Germânico e do Escandinavo.

O proscrito era condenado à solidão absoluta pela expulsão da coletividade, morrendo na falta de condições para a colheita de alimentos e o exercício da defesa contra as feras e as fôrças hostis da natureza.

* Tese oficial apresentada ao IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, reunido em Recife, de 2 a 8 de agosto de 1970.

No segundo caso, a reação contra o estrangeiro se manifestava em forma de luta contra êle e sua raça, como **vingança de sangue**, até que um dos grupos contendores fôsse aniquilado ou ambas as partes ensejassem uma trégua pelo esgotamento físico.

Generalizou-se a opinião no sentido de que a pena deita raízes no instinto de conservação individual, impellido através da vingança.

Essa conclusão, informada por registros inseguros da crônica do Direito Penal, é contestada por VON LISZT ⁽¹⁾ ao sustentar que a privação da paz e a vindita de sangue não constituem simples reações do indivíduo, mas reação do agregado social na preservação de interesses comuns ao grupo. Em tais condições, a prática punitiva era um movimento de caráter geral e inspirado por um sentimento comunitário, mesmo que singularmente desenvolvida.

Embora a defesa primitiva contra a violação da paz não fôsse conscientizada em referência aos valôres e às invenções que delimitariam os estágios selvagem e bárbaro, a pena guardava característica supra-sensorial porque a paz estava sob a proteção dos deuses.

A idéia da pena como instrumento de garantia foi ganhando disciplina com a evolução política da comunidade (grupo, cidade, Estado) e o reconhecimento da autoridade de um chefe a quem era deferido o poder de castigar em nome dos súditos. É a **pena pública**, ainda impregnada pela vingança, porém, embrionariamente regulada e procurando alcançar proporcionalidade com as formas do talião e da composição.

A resistência é flexionada e se inauguram as modalidades de conversão. A expulsão da comunidade é substituída pela morte, mutilação, banimento temporário ou perdimento de bens.

Em alguns casos, concede-se ao perturbador da paz e aos seus parentes, apesar da violação do Direito, a paz jurídica em troca de uma prestação mais ou menos valiosa à sociedade ⁽²⁾.

O aspecto objetivo e as medidas heterogêneas para realizar a proporcionalidade não anulam a convicção de um progresso nas tarefas de qualificação dos crimes e quantificação das respostas.

A composição não era promovida somente em atenção ao ofendido, pois visava também ao interesse social proporcionando a reconciliação, anteriormente facultativa e depois obrigatória, desde que satisfeito o dano.

(1) FRANZ VON LISZT, *Tratado de Direito Penal Alemão*, trad. JOSÉ HYGINO DUARTE PEREIRA. Rio de Janeiro, 1899, pág. 7.

(2) VON LISZT, ob. cit., pág. 8.

Esse antiqüíssimo costume de restauração da paz iria compor uma imagem de perpétua memória pela verificação de que o autor da violação não sofria o escárnio permanente, habitando a mesma comunidade e garantido pelo seu chefe.

O impulso do poder público, que correspondia à evolução da pena através da moderação da vingança, da distribuição da justiça pelo estranho ao delito e de outras formas para um tratamento menos emocional dos ilícitos, não impediu os inúmeros períodos de retrocesso, quando a grande variedade das sanções corporais, com todo o séquito de hediondas aflições, veio mostrar o recrudescimento da cólera e do medo.

Açoites, mutilações, infamações e demais exercícios de sadismo oficializado constituíam o formidável arsenal de medidas anticriminais que encontravam o paroxismo do ódio com a execução da pena de morte através de requintes de perversidade.

Os rumos marcados pela vingança fisiológica eram infestados por totens e tabus que inspiravam a marcha dos diversos castigos. À frente do cortejo caminhava sempre a imagem incensária voltada para os deuses, que teriam o furor aplacado com a guerra deflagrada contra os criminosos porque encarnavam as figurações do demônio.

As atrocidades cometidas contra o Homem com a anunciada solidariedade dos deuses, plasmaram os rituais litúrgicos nos diversos tempos das Inquisições que se serviam do sobrenatural para refinamento de obscurantismos e também para impedir que o suposto culpado recebesse a compreensão e o estímulo dos demais membros da sociedade, temerosos em desgostar seus deuses públicos ou particulares.

A pena privativa de liberdade, que historicamente traduz uma evolução em referência às medidas corporais, foi inicialmente um meio de coação provisória enquanto o acusado aguardava julgamento. Posteriormente, em face dos intensos movimentos de humanização, converteu-se em pena propriamente considerada, como correspondência ao dano construído pelo crime.

A vingança e o medo, porém, expandiam-se na medida em que à privação da liberdade se juntavam as agressões físicas e morais como processo de aviltamento da personalidade.

É certo que o itinerário de suplícios infligidos na clandestinidade dos cárceres e das torturas, que ganhavam notoriedade sob o testemunho apático de uma sociedade panfletariamente dirigida

contra os efeitos do crime, revelou intervalos de lucidez do espírito. As denúncias contra a prepotência na formação dos processos e na execução das penas, as experiências devotadas ao conhecimento integral do homem e sua circunstância e outras tentativas no sentido de estabelecer critérios de proporcionalidade, não somente física entre o ilícito e a sanção, representam notáveis progressos na mensuração de uma realidade que não pode continuar sendo tratada com os instrumentos da vingança, do medo, da omissão e da indiferença, verdadeiros pontos cardeais do tradicional regime penitenciário.

Se a feição retributiva não se pode desagregar da pena porque constitui a sua tessitura sensorial, é preciso moderar a hipertrofia do **jus puniendi** com meios coerentes à dignidade humana do condenado, não em homenagem ao delinqüente, mas como efetiva terapêutica de prevenção da reincidência e também como fórmula que permita um retôrno viável à sociedade livre.

As recentes conquistas da Ciência Penitenciária, como por exemplo a instituição dos estabelecimentos penais em aberto, definem a posição de um sistema que, rompendo preconceitos medievais, abre as perspectivas para um nôvo escopo: a proporcionalidade espiritual entre o delito e a pena.

Com efeito, se o dano moral resultante do crime é geralmente desfeito pelo tempo, quando não compensado financeiramente na forma da lei civil, o mesmo não se poderá dizer das conseqüências espirituais impressas pela condenação. Essa espécie de dano tem a carga da perpetuidade e o cumprimento físico da sanção não exonera o sentenciado da marginalização ditada pela sociedade.

Seria inócuo um movimento visando temporalizar o juízo de reprovação que acompanha o egresso pelo resto de seus dias porque o pecado sempre foi critério fácil para distingüir as pessoas.

A virtude somente identifica alguém quando adquire dimensões de extraordinário relêvo. O estigma do delito tem a fôrça poderosa da rápida e fluente comunicação e o Estado é um dos arautos dessa procissão de aniquilamento moral do réu, negligenciando criminosamente no estágio da execução da pena e na etapa posterior quando o sentenciado é restituído à liberdade mas não pode fruí-la integralmente porque é um ser esmagado pelas vicissitudes do cárcere que tanto comprometeram seu corpo e sua alma.

O princípio da personalidade da pena, na atualidade, tem garantia somente física, pois os reflexos da condenação atingem a família do recluso quando não pode prover as necessidades mais ele-

mentares pela carência de meios financeiros. O trabalho do encarcerado não tem remuneração condigna, servindo muitas vezes para injusta exploração oficial e particular.

Paralelamente à ruína econômica da família, os efeitos morais dessa situação comprometem a educação dos filhos, envolvidos pelo drama vivido pelos pais durante a fase de execução penal.

Não sendo possível a abolição da pena privativa da liberdade porque ainda é considerada como meio eficiente de repressão da criminalidade, deve o Estado promover medidas fecundas no sentido de limitar o avanço da retribuição e cuidar da prevenção especial da sanção, reconhecendo os direitos humanos que não foram suspensos pela condenação.

A garantia dos direitos, o tratamento adequado da personalidade e a exigência dos deveres implicam na seleção rigorosa do pessoal encarregado da administração dos estabelecimentos prisionais e execução de suas tarefas. Os Congressos Internacionais de Criminologia vêm, sistematicamente, propondo essa orientação que consulta o bom-senso porque seria uma aberração continuar mantendo nas penitenciárias um contingente de funcionários despreparados intelectualmente e sem condições de estabilidade emocional para a orientação pedagógica do prêso, que se vai coisificando pela crescente falta de compreensão para com a enorme variedade de problemas que o atormentam e a absoluta falta de perspectivas para resolvê-los.

Um Direito Executivo Penal, elaborado em função do reconhecimento dos direitos da pessoa humana, deve realizar a obra de proporcionalidade espiritual entre o crime e a pena, cuja meta somente será atingida quando satisfeitas as condições reclamadas para tornar menos artificial a vida carcerária.

2. O novo Código Penal brasileiro ⁽³⁾ manteve a classificação das penas privativas de liberdade em reclusão e detenção, apesar do intenso movimento doutrinário procurando abolir essa divisão.

Para justificar o sistema, a Exposição de Motivos pondera que "as múltiplas conseqüências dessa distinção, inclusive em matéria processual, desaconselhavam a unificação".

Assim, por força de um critério de oportunidade política contingente, muitas objeções irão compor o repertório de crítica ao **ius positum**, embora marcadamente evoluídas pois consultam diretamente a problemática da personalização da medida penal.

(3) Decreto-lei n.º 1.004, de 21 de outubro de 1969.

Frente à impossibilidade de se instituírem múltiplas formas de reação segundo a polimorfia dos ilícitos, é antigo o empenho dos penalistas no sentido de fundir as espécies de sanção, guardada a essência da retribuição, mas promovendo a diversidade de tratamento penitenciário em atenção às condições individuais do sentenciado.

Nos Congressos Internacionais de Londres (1872), Estocolmo (1878), Paris (1895) e Praga (1930), a matéria foi longamente debatida e a experiência relacionada com os estabelecimentos carcerários demonstrou que a rotina e a generalização de métodos administrativos impostos na fase de execução da pena, traduziam uma "igualização" entre os destinatários, contrastando com os estilos particulares de existência e as formas de sanção que se mostravam diferentes apenas nos estágios de cominação e aplicação.

A tendência notável do Direito Penal moderno, acentua CARNELUTTI, revela que "à crescente multiplicidade dos delitos, corresponde uma crescente uniformidade das penas", enfatizando que entre os povos verdadeiramente civilizados as respostas penais estão-se reduzindo à reclusão (compreendida como toda espécie de medida carcerária) e à multa. (4)

Alguns países introduziram a unificação, como por exemplo a Holanda (1881), Noruega (1902), Dinamarca (1930) e a Inglaterra (1948), sem prejuízo de algumas disposições excepcionais para alcançar os jovens infratores e determinadas categorias de delinqüentes merecedores de disciplina especial.

O Projeto de Código Penal alemão (1960) insistiu na divisão considerando que a reclusão deve atender à criminalidade mais grave e que a prisão é constituída para a delinqüência média, abolindo a detenção em face do abandono do critério tripartido do fato punível, advindo do **Code Pénal** (1810).

O movimento de reforma na Alemanha manteve duas espécies de penas privativas de liberdade porque o projeto distinguiu somente entre crime e delito, não mais regulando as contravenções que, parte, foram consideradas como delitos e, parte, foram afastadas do Direito Penal comum para serem tratadas como simples transgressões submetidas ao Direito Penal Administrativo ou das ordenações. (5)

No sistema penal brasileiro, que não realiza a distinção entre

(4) FRANCESCO CARNELUTTI, *El Problema de la Pena*, trad. SANTIAGO SENTÍS MELENDO — Buenos Aires, 1947, pág. 17.

(5) REINHART MAURACH, *Os Caminhos do Direito Penal alemão ao Projeto de 1960*, trad. HELENO CLAUDIO FRAGOSO — In *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Rio de Janeiro, 1962, págs. 93 e segs.

crime e delito, a posição legislativa mais coerente seria a unificação, desacolhendo o estranho argumento da Exposição de Motivos, que pretende acomodar instituições penais a alguns incidentes processuais, subvertendo a ordem de importância e a precedência lógica entre as duas disciplinas.

É evidente que certas providências como o **sursis** e a **fiança**, não sofreriam obstáculo com a fusão, desde que a lei partisse de outras considerações para equacioná-las, perquirindo a quantidade da pena, a primariedade e a culpabilidade do agente, repudiando o critério da **qualidade** da sanção, absolutamente falaz para identificar a personalidade do condenado.

A retribuição deve operar apenas para **quantificar** a medida, pôsto que privativa de liberdade, nunca, porém, para estabelecer uma arbitrária classificação, que a nada conduz em termos de programação penitenciária.

No **3.º Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins**, desenrolado na cidade de São Paulo (1968), HELENO CLAUDIO FRAGOSO sustentou proposição, acolhida pelo plenário, visando a unificação porque as formas de reclusão e detenção, em nosso país, nunca levaram à diversidade de tratamento.

Realmente, não é o **título** da privação um meio idôneo para medir a porção de antijuridicidade plasmada pelo crime e não será êsse rotulamento capaz de imprimir variantes efetivas e fecundas no estágio da execução, que se deve subsumir a uma criteriologia mais autêntica para o conhecimento do Homem e medir suas perspectivas frente à existência.

Se, sob o aspecto interno da inflição da pena, não se justifica a dualidade formal da privação, pois nas penitenciárias brasileiras os reclusos e detentos integram a mesma comunidade, usufruindo os mesmos direitos e sujeitando-se aos mesmos deveres, também sob o lado externo, a divisão é carente de importância didática, porque a inteligência das fórmulas **reclusão** e **detenção** em suas implicações práticas não é alcançada pelo homem comum que deve ser considerado o destinatário padrão para sentir os efeitos da prevenção geral nos planos intimidativo e pedagógico.

A **coaçoão psicológica**, de FEUERBACH, que resulta da ameaça da sanção cominada para os injustos típicos, é expressão de uma **idéia** para evitamento de novos crimes e, portanto, impregnada de um **valor** que não pode ser ontologificado, isto é, visto como algo

em si existente, mas como existente para alguém. Por isso, **valor é sempre valor para alguém.** (6)

Em conseqüência, o valor não apenas psicológico como igualmente moral da pena não pode ser estabelecido fora de uma relação com o sujeito em geral, reconhecido como o produto cultural de uma comunidade.

Diante dessa premissa, as medidas privativas de liberdade em qualquer de seus períodos (cominação, aplicação ou execução) caracterizam uma forma unitária de sanção, ainda que se procure instrumentalizar diversamente a perda dêsse bem, como se fôsse viável, por fátuo formalismo, graduar a sua essência.

O método apriorístico, usado para enfocar diversamente a mesma situação **destinada** ao sujeito do crime, deve ser reprovado por não permitir a extração de um conceito seguro de valor que se deve entranhar singularmente em cada sanção, de maneira que o homem comum possa ter a compreensão mais clarificada das ameaças punitivas, não em função de meios teóricos comprometidos em "subdividir" o bem atingido pela pena, mas em razão da inteligência purificada dos bens, como a liberdade, o patrimônio, etc.

A idéia da intimidação coletiva, enquanto perdurar como força de reação às tendências delituais, ganharia coeficiente didático na medida em que a sociedade não fôsse empenhada em promover uma "distinção" que não assenta na realidade ordinária.

O projeto de Código Penal português (1963), refletindo a orientação mais tècnicamente adequada, instituiu a unificação através da pena de prisão como exclusiva forma de privação da liberdade (art. 47).

Em relação ao sistema brasileiro, uma vez unificada a sanção carcerária, seria preferível nominá-la de **reclusão**, reservando o tratamento de **prisão** para as medidas provisionais, como por exemplo, as decorrentes do estado de flagrância delituosa, do **periculum in mora**, da pronúncia, das faltas administrativas que autorizam a detenção do inadimplemento de obrigação alimentícia, etc., casos em que a expressão já está consagrada pelo uso cotidiano.

3. Providência altamente nociva à perspectiva da prevenção especial reside no isolamento celular impôsto ao recluso também durante o dia e por tempo até três meses, como período inicial do cumprimento da pena.

(6) JOHANNES HESSEN, *Filosofia dos Valores*, trad. L. CABRAL DE MONCADA, Coimbra, 1967, pág. 48.

Esse expediente do Código Penal vigente (art. 30) é medieval-expiatório ao conflitar com as necessidades existenciais da integração comunitária, ofendendo regras primárias da psicoterapia de grupo e também quando procura exigir do sentenciado o exercício místico da solidão, impossível com a tessitura de sua personalidade que sofre o estigma da reprovação em razão do crime, porque muitas vezes nos caminhos da vida pelo mundo não encontrou orientação espiritual para fixação de novos rumos que não o conduzissem à agressão das normas de cultura.

Como impor ao carente de fé, ao emancipado da esperança, ao marginal do amor, um comando para a meditação que não lhe penetra a alma deambulante entre o bem e o mal?

O cárcere, como instrumento espiritual de castigo, é invenção do Direito Canônico, pois pelo sofrimento e na solidão "a alma do homem se depura e purga do pecado". (7)

A pretensão de restaurar no condenado o sentimento de afinidade para com determinados valores, através da ação catártica do remorso, jamais poderia frutificar pois o delinqüente rebelde se mostra insensível às incursões espontâneas à sua intimidade, enquanto o criminoso episódico, embora dotado de cargas afetivas, não terá condições para realizar juízos referentes à sua culpa, desde que não seja orientado por alguém na análise de fatos e composição do quadro emocional.

A falência do método ascético, no entanto, não aboliu a prática do confinamento pessoal que a experiência demonstrou ser mais um aditivo à pena-retribuição, que no processo de evolução do **jus puniendi** dever-se-á desprender do coeficiente milenar de vingança para se justificar exclusivamente em função de um plano ético.

Acentua ANIBAL BRUNO que o período de isolamento celular absoluto, embora admitido por legislações modernas como a italiana e a suíça, "não deixa de parecer um pouco estranho em face das novas concepções penológicas. É uma concessão pouco explicável à idéia isolacionista." (8)

Não se poderá deixar de admitir que a concepção dessa primeira fase de execução foi informada por uma corrente de utopistas que procurava encontrar no condenado determinadas condições para o curso de reflexos íntimos.

Eis como o antigo diretor da Penitenciária de São Paulo, ACÁ-

(7) MARIANO RUIZ FUNES, *A crise nas prisões*, trad. HILÁRIO VEIGA CARVALHO, São Paulo, 1953, pág. 63.

(8) ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1962, vol. I, tomo III, pág. 80.

CIO NOGUEIRA, colocava o programa da segregação inicial: "No primeiro estágio, que o Código Penal impõe ao recluso, faz-se um isolamento celular, diurno e noturno, um retiro espiritual, um período de meditação, verdadeira cura moral do passado, de sua existência no presente e uma formação de novo modelo para os destinos futuros. Entregue à leitura de bons livros, à palavra confortadora do sacerdote, à cura psicoterápica, efetivada pela administração e a organização moral do meio ambiente, prepara-se para o sentenciado o terreno propício no segundo estágio." (9)

Mas o Direito Penal é ciência lastreada no processo de realidades fenomenológicas que se mostram infensas a qualquer forma de mitologia.

O bom rendimento do sistema de isolamento celular contínuo estaria na dependência das qualidades particularmente sensíveis do recluso e do adestramento dos funcionários do estabelecimento prisional. Quanto àquele, as modernas lições da ciência penitenciária conjuram a solidão carcerária que aflige espiritualmente o sofredor da pena, embrutecendo-o afetivamente ou fazendo recrudescer desvios psíquicos que se encontravam adormecidos por influência das inúmeras compensações normais ou anormais que imprimiam o seu itinerário de vida em liberdade. Quanto ao pessoal encarregado da imposição desse processo correccional, vale salientar a ausência de capacitação criminológica, pois não se deve permitir o exercício de funções numa penitenciária por quem não esteja preparado para o conhecimento do Homem com a iniciação indispensável nesse gênero de estudos.

Em trabalho divulgado no ano de 1963, GARCIA BASALO (10) assinalou a importância da formação do pessoal penitenciário, os estudos e as categorias de conhecimentos e as recomendações para a ação futura. Destaca com muita propriedade as dificuldades encontradas na América Latina para a aplicação de novos métodos de tratamento e para o funcionamento de alguns tipos modernos de instituições carcerárias, enfatizando que as vicissitudes decorrem basicamente da inépcia dos funcionários em contacto com os presos, por não reunirem as menores condições de formação profissional que os habilite para o exercício da nobre tarefa de reconstrução moral do condenado.

O isolamento celular absoluto também não se justifica como

(9) ACÁCIO NOGUEIRA, (apud COSTA E SILVA, *Código Penal*, São Paulo, 1943, pág. 220).

(10) GARCIA BASALO, (apud ANGEL P. GONZALEZ MILLAN, *Capacitación Criminológica del Personal Encargado de los Procesos Correccionales (Institucionales y no Institucionales)*, Mendoza, 1969, pág. 2)

período de prova, pelo qual se promoveria a observação do internado, ⁽¹¹⁾ pois o melhor material para um exame de personalidade é recolhido com a participação na vida em comum da prisão, onde se manifestam as qualidades ou defeitos através da integração ou alienação às motivações religiosas, sociais, profissionais e outras, distribuídas como departamentos dinâmicos para humanizar, tanto quanto possível, a existência **intra muros**.

No Brasil, as tentativas para o aprimoramento espiritual ou para a consideração probatória do enclausurado mediante rigoroso isolamento, fracassaram totalmente não só pelos motivos já apontados como também porque o aumento das populações carcerárias impedia a reserva de espaço material suficiente para o confinamento individual.

* * *

A regra da detração da pena (arts. 33 e 34 do Código Penal vigente) põe em relêvo a contradição do sistema.

Com efeito, desde que o período de duração da medida imposta deve sofrer redução do tempo em que o apenado esteve detido provisoriamente e considerando-se que a prisão cautelar é despida de rigor penitenciário, como admitir-se a clausula como forma "inicial" da execução se anteriormente o internado já se estava integrando num esquema de adaptação ainda que precário?

O tempo de privação da liberdade estabelecido na sentença condenatória não exclui o período de prisão em flagrante ou prisão preventiva, razão porquê não se pode falar em **início** do cumprimento da pena quando a situação de fato mostra uma **continuação**.

O condenado em definitivo é transferido de um estabelecimento provisório (onde procurava deficientemente organizar um novo estilo de existência) para a penitenciária a fim de cumprir o resto de sua pena. Aí, "se o permitem as suas condições pessoais" (art. 30 Cód. Penal) fica sujeito ao isolamento diurno.

O contra-senso é inegável.

Não vale o argumento no sentido de que a administração do presídio, atendendo às circunstâncias particulares do caso e agindo com prudência, poderá exonerar o recluso dêsse tributo desumano, pois é evidente o paradoxo da lei que poderá ser aplicada mesmo contra os interesses morais da recuperação, quando, por qualquer

(11) FREDE, *Der Strafvollzug in Stufen Reform des Strafvollzuges*, pág. 113 (apud COSTA E SILVA, ob. cit., pág. 219).

motivo, inclusive os de ordem disciplinar aferidos pelo carcereiro, se firmar o juízo administrativo de conveniência ou necessidade da medida.

A submissão do apenado ao período inicial de segregação quando a condenação admite contagem regressiva na quantidade (adição de detenção provisional), frustra a expectativa da penitência mística, agregando, porém, mais um elo na cadeia da retribuição.

Em verdade, a fase de provação é consumida de modo angustiante porque a preocupação do sentenciado não irá descansar na idéia da liberdade perdida em função de suas causas, mas, sim, na liberdade que deve ser recuperada e nos meios efetivos para restaurá-la com urgência. E a solidão, antes de estimular a meditação e o arrependimento, atua como fator de bloqueio emocional diante da colisão profunda entre interesses antagônicos, entre **ser** e **dever ser**.

A execução da pena em caráter temporário deve-se despir de quaisquer expedientes que procurem inocular no recluso a aceitação da perda da liberdade numa posição afrontosa à natureza humana. Essa atitude de renúncia diminui a resistência para com o mal da prisão, que deve ser atacado por um estilo de comportamento identificado com as realidades da vida carcerária, promovendo-se sobre esta as modificações de regime que permitam, ao mesmo tempo, minorar as vicissitudes e estimular as condições de capacidade pessoal para melhor fruir a liberdade futura.

* * *

O parágrafo 3.º do artigo 37 do Código Penal brasileiro de 1969 obriga ao isolamento celular apenas durante as horas de repouso noturno, sem distinção de categoria entre os sentenciados.

A solução assim deferida eliminou os graves inconvenientes de um método artificial, ao mesmo tempo em que procura erradicar um dos tormentosos problemas da intimidade do cárcere, consistente na prática do homossexualismo que tanto avilta a condição humana, principalmente quando é revestido por manifestações de violência que comprometem a integridade física.

Inúmeros são os registros de cenas trágicas que alcançam até o homicídio quando pederastas ativos disputam a exclusividade de relações sexuais com um pederasta passivo.

A literatura especializada salienta que "o homossexual delinquente, considerado como criminoso neurótico, representa incontes-

tável problema não só para as administrações das penitenciárias e presídios como também para o psiquiatra", (12) justificando-se a orientação no sentido de proporcionar um tratamento psicoterápico no qual a reserva de lugares apropriados de acomodação, condignos e isolados da restante comunidade carcerária, é providência altamente recomendável.

HANS VON HENTIG, ao analisar a homossexualidade como "o grande problema da prisão", destaca vários episódios para os quais a promiscuidade nas horas de repouso noturno contribui de maneira decisiva. (13)

O respeito à integridade moral do presidiário, como uma das garantias individuais asseguradas pela Constituição, implica na tomada de providências várias entre as quais se deve incluir a sua própria intimidade, habitando não somente o espaço material que lhe fôr reservado singularmente, como também a variedade de objetos distribuídos à sua circunstância, em condições de projetar a sua sensibilidade.

A tutela penal da intimidade, reconhecida pelo Direito moderno como atributo geral da personalidade, traduz uma reação do pensamento jurídico-humanista contra o fenômeno de massificação determinado pela multiplicidade de processos técnicos que, embora resolvam muitos problemas, oferecendo uma enorme gama de produtos de consumo, estimulam o crescimento das diversas espécies de neurose responsáveis pelo esvaziamento e automatismo do ser contemporâneo.

Sempre que a tecnologia esteja a serviço de uma vontade incontrolada em lograr eficácia absoluta, se hipertrofia o desenvolvimento de materiais de consumo urgente em prejuízo do cultivo de valores que devem equilibrar a tensionada vida do homem. (14)

Ao mesmo tempo em que a indústria das comunicações de massa vai abrindo uma cosmovisão do mundo, aperfeiçoando os meios de sobrevivência e relacionamento objetivo entre os indivíduos, vai, também, por força da exaustão, desintegrando-os como unidades e invertendo o processo cartesiano para o estabelecimento das verdades: o homem **coletivizado** não existe porque pensa e, sim, pensa porque existe. Essa costumeira renúncia ao exercício da pesquisa pelo pensamento próprio é consequência da adesão a certos estilos

(12) LUIZ ANGELO DOURADO, *Homossexualismo e Delinqüência*, Rio de Janeiro, 1967, pág. 206.

(13) HANS VON HENTIG, *La Pena*, trad. de JOSÉ MARIA RODRIGUES DEVESA, Madri, 1968; vol. II, págs. 310 e segs.

(14) FRANCISCO AYALA, *Deshumanizacion y Masificacion*, em *Filosofia Española Contemporanea*, Madri, 1970, págs. 571 e segs.

de existência, impostos coercitivamente através de fórmulas de comportamento que insistem no desconhecimento das realidades mais profundas.

A massificação constitui verdadeira agressão à vida privada, razão porque o Direito Penal surge em defesa da personalidade, tutelando um bem jurídico prioritário na escala espiritual.

A respeito do tema, PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR assim discorre: "É que a civilização da técnica, identificando o homem com a sua função social, transformando-o em insignificante peça da complexa engrenagem industrial, nêle inculca sentimentos de desvalorização. Ele se sente esmagado pelo anonimato, pela diluição de sua individualidade nas grandes concentrações urbanas da era industrial-tecnológica, de sorte que a exposição de sua vida à curiosidade e contrôle alheios resulta, paradoxalmente, na superação de sua mediocridade: ser espionado é, de algum modo, ser importante. Este sentimento a tal ponto foi difundido e prestigiado pela filosofia tecnológica que, nos tempos vertentes, a vida privada, a solidão, é interpretada como um prazer vicioso, índice de excentricidade, sintoma de marginalização e mediocridade". (15)

O novo Código Penal brasileiro incrimina a violação, mediante processo técnico, do direito à intimidade da vida privada (art. 162).

A intimidade é reconhecida como forma espiritual da liberdade que, sob êsse aspecto, não pode ser negada ao recluso porque o Estado, quando impõe a pena, objetiva a segregação física do sujeito do crime, não podendo romper sua vida interior, seus hábitos personalíssimos que, além de conferirem individualidade, funcionam como suportes de criação.

A fórmula do parágrafo 3.º do artigo 37 do Código Penal brasileiro de 1969, no sentido de que "o isolamento celular é obrigatório durante as horas do repouso noturno", deve ser interpretado como um dever imposto à administração do presídio na tarefa de acomodação dos condenados e não como forma de executar a sanção, porque o período de recolhimento noturno deve ser compreendido como o espaço de tempo no qual o sentenciado vive a si mesmo, com o direito de não ser submetido à nefasta promiscuidade dos quartos coletivos.

Seria repugnante a sujeição do cidadão livre, após sua jornada de trabalho, ao regime de intimidade noturna com pessoas estranhas ou simplesmente desagradáveis que lhe restringissem o espaço de

(15) PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*, São Paulo, 1970, pág. 16.

locomoção, dividissem o uso do sanitário, perturbassem o silêncio, revelassem maneiras hostis, intoxicassem o ar, enfim, violentassem a comodidade material e espiritual que deve ser o prêmio diário pelo labor.

Um Código de Execuções Penais, identificado com as tendências de humanização da pena, deve estabelecer expressamente que o isolamento celular durante as horas do repouso noturno é um dos direitos do sentenciado, concorrendo para atenuar o caráter artificial da prisão em comparação com a vida em liberdade física.

4. Não haverá mais distinção entre reclusos e detentos para o exercício do trabalho, considerado como obrigação na medida das forças e aptidões do sentenciado. É o que se infere do segundo parágrafo do artigo 37 do novo Código Penal.

O Código de 1940, infamando mais uma vez o recluso, não lhe possibilitava a eleição da espécie de trabalho, opção somente deferida ao detento.

A estigmatização do homem, em consequência de uma apriorística classificação, trazia o grave inconveniente de recalcar psicológicamente, como se a espécie de pena aplicada fôsse um atestado de incapacidade profissional.

Confessando a fragilidade do critério de distinção, o novo Código encontrou-se com a realidade.

Dispõe ainda o texto que o trabalho "deve obedecer à finalidade de proporcionar ao condenado a aprendizagem ou aperfeiçoamento de ofício que lhe sirva, de futuro, como meio de vida honesta".

Assim será possível praticamente materializar alguns aspectos da prevenção especial.

A penitenciária não poderá continuar mantendo a triste fama de universidade do tédio e do vício, na medida em que despersonaliza, desambienta e perverte, obliterando as energias físicas e morais do homem para subsumí-lo ao regime servil de ordens e proibições que gradativamente irão atrofiando suas reservas pessoais.

O perigo da reincidência deve ser inocuizado com um programa de aproveitamento da capacidade pessoal, sem que a imposição do trabalho dilacere o sentido da criação, mas se converta em eficaz vacina contra o mal contagiante da ociosidade e os efeitos deletérios dos conflitos que ganham curso e intensidade na medida em que o tempo demora a passar.

Estabelece a nova lei que o trabalho será exercido segundo as aptidões do condenado, procurando, assim, racionalizar o exercício de atividades, o que se tornará efetivo através de levantamentos psico-técnicos em relação a cada um dos apenados.

Os trabalhos forçados, que durante tanto tempo foram largamente exigidos como contra-golpe à criminalidade, representavam também uma adição à retribuição, concebida como expressão de vingança.

Por isso, o aspecto finalístico, realçado pelo novo Código, colocou um termo no avanço da pena-retributiva para captar e dirigir as energias físicas e intelectuais do sentenciado com vista à futura reintegração na comunidade livre, pois seria pueril a esperança da não-reincidência quando o egresso não conta com o aprendizado ou especialização que lhe possibilite o ingresso ou retorno ao mercado profissional em condições de competição.

* * *

Proclama também o parágrafo segundo do artigo 37 do novo Código Penal que o trabalho é remunerado, silenciando, como já o fizera o legislador de 1940, a respeito da natureza e o destino da remuneração.

Entre as reformas estruturais sugeridas para os modernos regimes penitenciários, a questão do pagamento justo se coloca em posição prioritária porque deflui da necessidade de preservação do **status dignitatis** do sentenciado, historicamente agredido pela exploração.

As multifárias expressões da vindita através da pena compreenderam, desde os velhos tempos até recentes períodos, os trabalhos forçados como variante da sanção corporal, comparável, em termos de brutalidade, aos açoites e às queimaduras.

O **ergastulum**, tão comum na Grécia e Roma antigas, envolvia não somente o abuso do poderoso que supria a carência de mão de obra com essa modalidade de escravidão, como também violentava a integridade moral e física do presidiário, impossibilitado de se determinar segundo as suas aptidões e forças.

Em consequência dos ataques desfechados contra as penas corporais na idade contemporânea, a prática dos trabalhos forçados vai-se extinguindo como forma característica da retribuição. No entanto, a exploração arbitrária e profundamente injusta do trabalho-ati-

vidade, ainda perdura de maneira a gerar graves conseqüências tanto pessoais como sociais.

Em 1895, no **Congresso Penitenciário Internacional de Paris**, a questão da contra-prestação foi equacionada nos seguintes termos: "O detento não tem direito a salário, existindo para o Estado apenas o interesse em gratificá-lo". (16)

Todavia, no mesmo Congresso, muitas vezes se fizeram ouvir para defender a obrigação do Estado em pagar condignamente o prêso, a fim de lhe estimular o zêlo.

Posteriormentê, na Bélgica, foram os trabalhadores livres que se levantaram em favor do salário para os condenados, em medida igualitária. "L'Office Central du Travail" sugeriu e o Conselho Supremo das Prisões Belgas propôs ao Ministro da Justiça, após longa e cuidadosa consulta aos sindicatos patronais e operários, tomar por base a média dos salários regionais. (17)

A matéria ingressou na discussão de diversos Congressos Internacionais, na medida em que o movimento de humanização da execução penal foi ganhando relêvo.

Em discurso pronunciado em 1949 perante penalistas católicos, o Papa Pio XII proclamou que o verdadeiro jurista deve sempre procurar no delinqüente aquêle fundo humano que não desaparece com o crime e a culpa porque é o sêlo impresso pela mão do Criador.

As aspirações do Direito Penal contemporâneo não se restringem a assegurar a proteção da personalidade física do sujeito do delito, mas também a sua dignidade humana, salientando CUELLO CALON que no momento presente se intensifica com fôrça crescente uma justa reação contra as penas privativas de direito que infamam o apenado. **"En vez de reforzar su moralidad y punto de honor, le envilecen ante si mismo y ante la comunidad. Este es um juego arriesgado"**. (18)

No Brasil, os projetos SÁ PEREIRA E ALCÂNTARA MACHADO versaram o tema com especificações sôbre a divisão e o produto do trabalho, através de pecúlio impenhorável em favor do sentenciado para lhe ser entregue após vencida a pena ou concedido o livramento condicional. O anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO continha

(16) WASHINGTON LUIZ DE CAMPOS, *O Direito do Trabalho nas Prisões*, São Paulo, 1952, pág. 51.

(17) WASHINGTON LUIZ DE CAMPOS, *idem*, pág. 53.

(18) EUGENIO CUELLO CALON, *La Protección de la Personalidad en el Campo del Derecho Penal y en el de la Ejecución Penal*, in *Revista do Instituto Latino-Americano de Criminologia*, São Paulo, 1953, pág. 14.

disposições sobre o destino do fruto do trabalho que reverteria, além do pecúlio, em favor da indenização ao Poder Público, das despesas de manutenção do sentenciado, da reparação do dano, da satisfação dos alimentos que o condenado fôsse devedor e ao pagamento das custas judiciais (art. 34, III).

Mas o Código de 1940, embora elaborado com a estrutura desse anteprojeto, não quis tratar do problema de modo apropriado deixando de imitar, nesse passo, o **Codice Penale** de 1930 que tanto informou a construção do diploma penal brasileiro.

O Código peninsular, através do artigo 145, enfatiza a necessidade da remuneração, ⁽¹⁹⁾ deduzindo-a na ordem seguinte: 1.º: importâncias devidas a título de ressarcimento de dano; 2.º: despesas sofridas pelo Estado para a manutenção do condenado; 3.º: importâncias devidas a título de reembolso das custas processuais. Reserva-se, em qualquer caso, em favor do sentenciado, uma quota igual a um terço da remuneração, a título de pecúlio, insuscetível de penhora ou seqüestro.

Interpretando esse texto, CARLO SALTELLI e ROMANO DI FALCO ⁽²⁰⁾ salientam que o pagamento não constitui um direito, porque da obrigação de cumprir a pena, à qual é inerente o dever de trabalho, não pode emergir o direito à sua retribuição. Os mesmos escritores, contudo, assinalam que a remuneração assegura maior rendimento e sua obrigatoriedade não funciona como acréscimo da pena de efeito desmoralizante.

É óbvio que a obrigação de cumprir a pena não retira do executado o direito de perceber um salário pelo trabalho prestado, uma vez que o Estado não se pode locupletar com a atividade alheia, na medida em que é beneficiado por ela.

A orientação da doutrina atual é no sentido de que o condenado tem um direito subjetivo à remuneração de seu trabalho. ⁽²¹⁾

Na Rússia, ⁽²²⁾ a execução da pena de trabalhos correcionais sem privação de liberdade tem como contra-prestação do Estado o pagamento de salário que sofre o desconto de uma soma fixada pela sentença do Tribunal, não excedente a 20%.

(19) (Remunerazione ai condannati per il lavoro prestato) Negli stabilimenti penitenziari, ai condannati è corrisposta una remunerazione per il lavoro prestato.

(20) CARLO SALTELLI — ROMANO DI FALCO, *Comento Teorico-Pratico del Nuovo Codice Penale, parte seconda*, Turim, 1931. vol. I, pág. 64.

(21) GIOVANI NOVELI, *La Modalità del Esecuzione delle Pene e la Tutela Giuridica del Condannato* (apud JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, São Paulo, vol. 3.º, pág. 118).

(22) V. KIRICHENKO e C. CHIKVADZE, *Derecho Penal Sovietico, em Fundamentos del Derecho Sovietico*, trad. espanhola, Moscou, 1962, pág. 508.

O Código Penal argentino dispõe detalhadamente ⁽²³⁾ sobre a aplicação do produto do trabalho, merecendo registro a preocupação do legislador com a formação de um fundo próprio ao executado para lhe ser entregue por ocasião da saída.

Os problemas financeiros do sentenciado e sua família ganham dimensão dramática, se considerarmos o grande número de condenados que provém da classe pobre.

Em tal conjuntura, não se pode negar que a pena vai além da pessoa do delinqüente, pôsto que os efeitos econômicos alcançam a família, cujos membros podem ser também considerados como vítimas indiretas do delito.

Se ao condenado pode ser imputada a causa pela penúria financeira de sua família, o Estado é objetivamente responsável pelo fenômeno quando abusa do direito de execução da pena, tanto na omissão em proporcionar a atividade compensadora, como na ação de extrair os benefícios da mão de obra sem a remuneração, numa operação indigna e que reduz o homem à condição análoga à de escravo.

As deformações éticas do grupo familiar com desastrosas conseqüências, como por exemplo, a prostituição das filhas e a compulsão dos filhos ao ingresso na criminalidade econômica, podem ser debitadas à conta do Estado, que dispõe de poderosos meios para as tarefas de levantamento da responsabilidade criminal e infligção das diversas sanções e, satisfeito com o encarceramento do culpado, revela descaso para com a família inocente na medida em que avilta o trabalhador presidiário.

* * *

A obrigação do trabalho não deve mais constituir um agravamento da pena, e sim um meio pedagógico e de útil colaboração humana. Por conseguinte, o trabalho dos presos deve ser organizado de tal modo que os eduque para a **alegria no resultado** da tarefa e para o **prazer** de sua prática. Isso acontece dando a cada sentenciado uma ocupação que corresponda às suas faculdades, conserve ou aumente suas capacidades, tenha utilidade econômica e solicitação no mercado livre, além de convenientemente paga. ⁽²⁴⁾

(23) Produto do trabalho. O produto do trabalho do condenado à reclusão ou prisão se aplicará simultaneamente: 1.º) a reparar e indenizar os danos e prejuízos causados pelo delito, que não tiver satisfeito com outros recursos, e as custas; 2.º) a prestação de alimentos, segundo o Código Civil; 3.º) a custear os gastos que causar no estabelecimento; 4.º) a formar um fundo próprio, que se lhe entregará à sua saída. A parte destinada aos objetivos assinalados pelos incisos 2.º e 4.º não será nunca inferior, em conjunto, à metade da remuneração. Esta parte é impenhorável (cf. Código de 1921, art. 11; Projeto de 1960 art. 39 e Lei n.º 17.597).

(24) ERNST SEELIG, *Manual de Criminologia*, trad. GUILHERME DE OLIVEIRA, Coimbra, 1960, 2.º vol. pág. 201.

A propósito, nota ERNST SEELIG ⁽²⁵⁾ que o fim a atingir é o seguinte: salário integral (incluindo contratos de trabalho) em harmonia com os preços do trabalho livre, que permitam aos presos custear as suas despesas durante o internamento e, eventualmente, saldar também indenizações por danos causados pelo delito, além de economizar quantias modestas.

Os produtos do trabalho devem ser lançados no mercado livre aos preços normais. Assim é estimulado o interesse pela economia própria e se permite a visão objetiva dos frutos da atividade.

O emprêgo da ergoterapia como fator de humanização da pena e com vários efeitos colaterais, salientando-se a prevenção especial, deve atentar também para o mais rigoroso exame da personalidade do sentenciado, ⁽²⁶⁾ de maneira que o trabalho não se constitua em elemento psicológico de neurose.

Êsses princípios decorrem de estudos que se promovem largamente para a fixação das regras mínimas sôbre o regime de detentos, sendo de grande relevância a contribuição de organismos internacionais como a O.N.U., interligando os temas sôbre a prevenção do delito e o tratamento dos delinqüentes. ⁽²⁷⁾

Torna-se evidente que a ergoterapia deve ser utilizada não sômente durante a fase de execução da pena que decorre da sentença, mas também quando o sujeito do delito sofre qualquer medida provisional de internamento. A êsse respeito, um inquérito sôbre trabalhos na prisão, abrangendo cêrca de cinqüenta países (publicado pelas Nações Unidas em 1955), revela que raramente se institui trabalho compulsório para prisioneiros que não tenham sido julgados, e que na maioria dos países, o trabalho para os detentos provisórios é facultativo. ⁽²⁸⁾

Poucos países dispõem de uma lei sôbre o trabalho compulsório. No México, se o prêso não está doente e nem é incapaz fisicamente, deve executar o trabalho que lhe fôr atribuído de conformidade com os regulamentos da prisão, mediante pagamento. Em Portugal, existe a obrigatoriedade e a pessoa detida que dispõe de recursos para manter-se pode escolher o tipo de trabalho. No Peru, o trabalho compulsório foi impôsto, permitindo-se ao prêso a escolha de seu tipo, dentro dos limites permitidos pelos regulamentos e a

(25) SEELIG, ob. cit., pg. 202.

(26) BENIGNO DI TULLIO, *Principios de Criminologia Clinica y Psiquiatria Forense*, trad. DOMINGO TERUEL CORRALERO, Madri, 196, pág. 413.

(27) Primeiro Congresso Internacional da O.N.U. sôbre prevenção do delito e tratamento dos delinqüentes, Gênova, 22 de agôsto a 3 de setembro de 1955.

(28) *O Direito à Liberdade*, O.N.U. Rio de Janeiro, 1967, pág. 184.

realização deve ser, preferivelmente, ao ar livre e organizado com vista a fornecer oportunidades educacionais e técnicas, bem como alguma remuneração, enquanto leis de outros países (Federação da Malásia, Líbia, Filipinas, Iugoslávia) estabelecem que as pessoas sob custódia não serão obrigadas a qualquer trabalho, além do que for razoavelmente necessário para manter a si, suas roupas e o local de custódia em condições decentes.

Em diversos países não há disposições sobre o trabalho compulsório, reconhecendo-se, no entanto, o direito de o custodiado trabalhar e manter-se ocupado, sendo que, entre eles, alguns determinam que o labor seja proporcionado a pedido do detento (Áustria, Bélgica, Gana, Jordânia, Líbano, Nova Zelândia, República Árabe Unida, Reino Unido (Hong-Kong), República Federal Alemã e República do Vietnã). Na Finlândia, se garante o direito ao trabalho e à conservação de seu produto líquido em favor do detento. (29)

A necessidade do trabalho, em qualquer das espécies de internamento, é imperiosa para a solução de problemas decorrentes da inatividade que interrompe bruscamente o exercício profissional ou, então, agrava ainda mais o processo negativo da ociosidade em que vivia o detento antes de ser submetido à custódia.

Por outro lado, não interessa ao Estado somente a provisão de uma terapêutica ocupacional, mas também oferecer ao presidiário os meios financeiros possíveis — conforme a demonstração de sua capacidade e o fruto do trabalho — de modo a facilitar o retorno à sociedade livre sem as gravíssimas dificuldades para sobreviver, que tanto favorecem a reincidência.

* * *

Lamentavelmente, o sistema penitenciário brasileiro sofre ainda as limitações decorrentes de textos constitucionais que permitem à União legislar somente a respeito de **normas gerais** do regime, impossibilitando-se a execução material de princípios já consagrados pela ciência penitenciária.

A regra da autonomia dos Estados restringe a eficácia da Lei 3.274 de 2 de outubro de 1957 que, a respeito do trabalho, contém as seguintes disposições: a) trabalho obrigatório dos sentenciados, segundo os preceitos da psicotécnica e o objetivo de educação; b) percepção de salário, conforme a espécie de trabalho executado, sua perfeição e rendimento, levando-se em conta, ainda, o procedimento

(29) O Direito à Liberdade, ob. cit., pág. 185.

do sentenciado; c) formação do pecúlio, deduzido do salário percebido; d) seguro contra acidentes no trabalho interno ou externo dos estabelecimentos penitenciários; e) racionalização do trabalho, conforme os índices psicotécnicos de cada sentenciado; f) aprendizado ou aperfeiçoamento de profissão, atendendo-se às circunstâncias ambientais do futuro emprêgo em meio urbano ou rural; g) trabalho racional para as mulheres e infratores precoces; h) pagamento do salário mediante prévia tabela de valores; i) divisão e destino do fruto do trabalho.

A leitura desta Lei revela que grande parte de seus artigos é reservada para a atividade laborativa, não somente como solução administrativa, tendo em conta os remédios para a ocupação, senão também como reafirmação de direitos humanos que vêm sofrendo sistemáticas objeções.

Na justificação do anteprojeto de Código das Execuções Penais, ROBERTO LYRA proclama que "o trabalho externo é uma tradição em nosso Direito que não evoluiu por falta de firmeza e retidão administrativas. Os maiores males resultam da clandestinidade dos favores e da frouxidão premeditada. O trabalho interno, quando existe, é descontínuo ou insuficiente, mal recompensado e de impossível individualização. Com a crescente intervenção do Estado e a celeridade do desenvolvimento nacional não faltará ocupação para os condenados. (30)

É profundamente constrangedora a realidade que marca o sistema penal brasileiro, na medida em que o **jus puniendi**, como expressão estatal de garantia da sociedade, vai-se refinando através de técnicas altamente evoluídas quanto ao estudo do crime e à aplicação das normas punitivas, para cair em mora na obrigação de arrolar e preservar os direitos do presidiário.

O descompasso entre os momentos da declaração da culpa através da sentença e do sofrimento das medidas institucionalizadas, é evidência da ruptura aberrante entre as idéias de **crime** e **pena** que devem merecer os mesmos cuidados legislativos.

5. A análise sobre os fins da pena privativa de liberdade, envolve um levantamento, embora sumário, de alguns sistemas propostos para fundamentar o **jus puniendi** porque, através da visão dos mesmos, se revela o itinerário do pensamento filosófico-jurídico.

CARRARA (31) relaciona as posições seguintes: 1) **A vingança.**

(30) ROBERTO LYRA — *As Execuções Penais no Brasil (legislação, problemas e soluções)*, Rio de Janeiro, 1963, pág. 30.

(31) FRANCESCO CARRARA, *Programa de Direito Criminal*, parte geral, trad. JOSÉ LUIZ V. DE A. FRANCESCHINI e J. R. PRESTES BARRA, São Paulo, 1957, vol. 2, pág. 51.

Resulta da confusão entre as origens históricas e filosóficas e admite que a paixão possa converter-se em direito. Parte da idéia que a vingança é sentimento inato ao homem; 2) **A vingança purificada** procura justificar a imposição da pena através da sociedade a fim de que o ofendido não exerça a vingança. Decorre da atuação de leis bárbaras, como a composição que tinha por finalidade acalmar as discórdias entre os particulares; 3) **A represália** é o sistema defendido pelo publicista americano FRANCIS LIEBER (1838) e, na realidade, é mero disfarce da vingança; 4) **A aceitação** implica na resignação por parte do delinqüente porque, conhecendo a censura que recai sobre o ilícito, sujeita-se a ela; 5) **A convenção**, que reside num pacto necessário entre os membros da sociedade que consentiriam em ceder uma parte da liberdade individual num depósito comum, precisamente a necessária, a fim de que os demais se empenhassem em mantê-la na posse do resto. "O conjunto de tôdas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir".⁽³²⁾ Ao lado da teoria da **convenção**, alinhou a posição chamada de **cessão** à sociedade do direito privado de defesa direta; 6) **A associação** é explicada em função da constituição da sociedade que desenvolve o **jus puniendi** em razão da sua própria união; 7) **A reparação** decorre do princípio de retribuição absoluta; 8) **A conservação** sustenta que a sociedade exerce um direito inerente a todo homem e consistente na sua auto-conservação; 9) **A utilidade** assenta no postulado de que o útil informa o princípio do bem moral e o fundamento do Direito; 10) **A correção** implica na consideração finalística da pena, como fator de **emenda** do réu; 11) **A expiação** repousa na idéia de retribuição absoluta, do **malum propter malum**, impregnada de uma carga de moral abstrata; e 12) **A defesa continuada**, que seria um simples desenvolvimento do princípio da defesa direta.

A fórmula proposta por CARRARA reúne o princípio da **justiça absoluta** (da qual é primeiro padrão a lei natural), **o princípio da conservação** (da qual é a própria lei o instrumento divino) e o **assentimento** espontâneo da consciência universal, constante promulgadora daquela lei.⁽³³⁾

Assim, **justiça, utilidade e aceitação** seriam as idéias unificadas e dirigidas à justificação do direito de punir.

A Escola Clássica incorporou aos seus dogmas as teorias absolutas (reparação, retribuição divina, retribuição moral e retribuição jurídica), difundindo mais largamente o sistema de que a pena se-

(32) CARRARA, *ob. cit.*

(33) CARRARA, *ob. cit.*, pág. 58.

ria conseqüência necessária e iniludível do delito, porque o crime deve ser reparado e retribuído (**punitur quia peccatum est**).

Já a Escola Positiva, sustentando ser a sanção um instrumento de defesa social, não examina o crime como **causa** da pena senão como **ocasião** para aplicá-la (**punitur ut ne peccetur**).

A corrente positivista representa sensível evolução dos ideais que informaram as teorias relativas e utilitárias (contratualista, correccionalista, prevenção geral — pela execução e através da coação psíquica — prevenção especial e defesa indireta).

O conceito de pena vai-se desprendendo de coeficientes filosóficos que intoxicavam a sua compreensão e conduziam a problemática do delito e da sanção por caminhos metajurídicos.

A finalidade da pena passou a constituir objeto de sistemáticos estudos, embora a Escola Positiva não descurasse da análise da retribuição, como também os clássicos não deixaram de cogitar sobre o escopo da medida em seus vários matizes de especulação sensibilizando a pesquisa que vinha em plano espiritual desde PLATÃO e ARISTÓTELES.

Mas enquanto o reitor da Escola Clássica considerava a pena como "o mal que, segundo a lei do Estado, inflige o Magistrado àqueles que, observadas as formalidades devidas, foram reconhecidos culpados por um delito" (34), excluindo da definição do objeto os seus fins e suas causas, numa tarefa puramente ontológica, a Escola Positiva inseria no contexto material da pena a sua finalidade, como se poderá ver através de FERRI, ao proclamar a teoria da defesa social repressiva, (35) enfatizando que o crime, a pena e a execução desta não se podem separar nunca do delinqüente.

Insurgindo-se contra a larga difusão das teorias finalísticas, CARRARA objetava que o fim da pena não é que se faça justiça, nem que seja vingado o ofendido, nem que seja ressarcido o dano por êle sofrido; ou que se amedrontem os cidadãos, expie o infrator o seu crime e obtenha a emenda. Podem — dizia o notável mestre de Pisa — tôdas essas ser **conseqüências acessórias** da pena, algumas delas desejáveis: mas a pena permaneceria como ato inatacável mesmo quando faltassem todos êsses resultados. (36)

E citando COCK arrematava que "o fim primário da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade". (37)

(34) CARRARA, ob. cit., pág. 40.

(35) ENRICO FERRI, *Princípios de Direito Criminal*, trad. LUIZ DE LEMOS D'OLIVEIRA, São Paulo, 1931, pág. 45.

(36) CARRARA, ob. cit., pág. 74.

(37) CARRARA, ob. e loc. cit.

A tarefa de recuperação do criminoso seria um problema meramente administrativo, atinente ao bom govêrno, como fim **ulterior** da aplicação da medida, aproveitando a ocasião da irrogação para intimidar e corrigir, sem compromissos prévios com a ordem jurídico-penal.

O temor e a emenda estariam implícitos na ação **moral** da pena e a colocação de tais metas como um fim especial decretaria a inutilidade da sanção com a freqüente demonstração de que a inflição do castigo não impede a ocorrência da falta e que o sofrimento da pena por uma categoria de sujeitos que dispensassem correção — dadas as suas particulares virtudes — demonstraria a inocuidade e a injustiça da medida punitiva.

* * *

O Direito Penal moderno mantém uma posição que reúne as tendências de ambas as escolas, acolhendo a teoria mista que reconhece a exigência tradicional da retribuição e acentua o fim de prevenção geral e sobretudo especial da pena. ⁽³⁸⁾

Não é possível expungir da idéia da pena a retribuição que constitui a sua essência, pois uma sociedade que abdicasse do poder punitivo, renunciaria à sua própria existência. ⁽³⁹⁾

A irrogação da retribuição através da medida da pena, porém, não exaure o tratamento do fenômeno delituoso em suas implicações mais urgentes, numa relação primária de causalidade físico-moral e que demanda a atenção do Estado. Embora o Direito Penal não tenha por objeto a etiologia e o estudo das ulteriores consequências do crime, realidades que devem ser enfrentadas diretamente pelas ciências auxiliares, não se poderá eximir da obrigação de considerar determinadas questões intimamente vinculadas à sua razão de existir, como complexo de normas reguladoras da proteção de bens distribuídos na sociedade.

A sujeição do condenado ao poder administrativo arbitrário durante o processo de execução, considerando a missão da pena cumprida após os caminhos da cominação e da aplicação, se constitui numa verdadeira **contradictio in adjecto** porque ficariam impuníveis os crimes praticados contra o sentenciado, através das diversas lesões a direitos que não foram suspensos e nem perdidos por força da condenação.

(38) ANIBAL BRUNO, *ob. cit.*, pág. 43.

(39) REINHART MAURACH, *Derecho Penal*, trad. JUAN CORDOBA RODA, Barcelona, 1962, vol. I, pág. 63.

Quando as teorias finalistas proclamam a necessidade de a pena objetivar a prevenção especial pela correção do apenado, não o fazem em função de um plano que encerre uma pedagogia elementar de educação ou reeducação social, mas também de um sistema composto por deveres e direitos comprometidos com as funções da ciência penal.

A aprovação textual da teoria mista em legislações da atualidade deflui dos conceitos que a doutrina moderna vem propondo para a pena, na proporção em que faz consignar a natureza (qualidade do mal impôsto); a causa (prática do ilícito) e o fim primário (conversão da personalidade aos padrões éticos ditados pela maioria).

Assim se observa em GRISPIGNI, ao enumerar, entre os caracteres essenciais da pena, não mais a execução forçada do preceito primário da norma (repressão), mas os meios para neutralizar o perigo da reincidência, seja da parte da generalidade dos súditos, seja da parte do sujeito do crime. ⁽⁴⁰⁾

No mesmo sentido SOLER: **"Pena es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos"**. ⁽⁴¹⁾

A função da pena, conforme ANTOLISEI, ⁽⁴²⁾ gravita em torno de três idéias fundamentais: retribuição, intimidação e emenda, salientando que à **pena moderna**, embora guarde caráter aflitivo, cumpre a função de combater as causas individuais da criminalidade e de fazer com que o autor do crime volte ou chegue a ser um membro útil à comunidade social. "Os cárceres — prossegue — deixam de ser meros lugares de pena e assumem, cada vez em maior medida, o caráter de institutos de disciplina construtiva e reeducação". ⁽⁴³⁾

MAURACH ⁽⁴⁴⁾ acentua a compatibilidade entre a pena retributiva com os fins de prevenção, esclarecendo que a consideração crítica de que todo o unilateral realce de um fim preventivo perturba a idéia de retribuição e reduz o conceito de pena a um fenômeno de insegurança, foi generalizada, especialmente por obra da trágica história do Direito Penal sob o regime nacional-socialista.

Importante demonstração da necessidade em se agregar ao conceito de pena moderna a sua finalidade reside no tratamento que

(40) FILIPPO GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, Milão, 1952, vol. I, pág. 116.

(41) SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal*, Córdoba, 1940, vol. 2, pág. 354.

(42) FRANCESCO ANTOLISEI *Manual de Derecho Penal, parte general*, trad. JUAN DEL ROSAL e ANGEL TORIO, Buenos Aires, 1960, pág. 502.

(43) ANTOLISEI, *ob. cit.*, pág. 512.

(44) MAURACH, *Derecho Penal*, pág. 80.

várias leis contemporâneas dedicam aos criminosos habituais ou por tendência, transferindo-se a individualização da pena para momento posterior à sentença, "considerando a impossibilidade de determinar rigorosamente, a medida da culpabilidade do agente e o momento em que estarão atingidas as exigências da retribuição e da reparação, **inclusive da recuperação social do delinqüente, que se deve realizar, sempre, por via judicial**". (45)

Não resta qualquer dúvida no sentido de que, em tais casos, não há que se falar em pena retributiva somente em grau de proporcionalidade entre crime e sanção (critério que perdeu o valor absoluto que lhe emprestavam os clássicos), porém, em medida que consulte a culpabilidade do sujeito. Considerando-se a culpabilidade como **reprovabilidade** não somente em relação ao fato isolado que plasma o ilícito, mas também em função de um estilo de existência do autor que se mostra rebelde aos imperativos sociais, a pena tem o objetivo de retribuir a culpa e **emendar** o réu. Esse duplo efeito não decorre da **ocasião** da pena mas dela mesma, em função da quantidade de que o destinatário se faça merecedor.

SAUER arrola entre os caracteres da pena moderna, além do mal irrogado e da retribuição, a **expição da culpabilidade, a intimidação coletiva** e a **reeducação do autor**, doutrinando que na sua medição, o juiz deve procurar primeiramente a retribuição e a expiação e, dentro de tais limites, quanto possível, preparar a correção e a segurança, sendo que esta última tarefa passaria ao primeiro plano no processo de execução. Por isso — assevera — **dever-se-ia atribuir às diversas penas, o fim mais amplo possível, isto é, as leis e decretos devem ser estabelecidos e interpretados conforme êsse critério**. (46)

O mesmo autor reconhece a oportunidade da pena indeterminada em função das medidas de segurança e **correção**, o que reafirma a tese de que o conceito atual de pena não se deve limitar à sua essência (retribuição) mas também aos seus fins principais (prevenção geral e especial).

* * *

A consideração finalística da pena ganhou notável impulso recentemente, quando o **Décimo Congresso Internacional de Direito Penal em Roma** (1969) incluiu em sua pauta o tema relativo à divisão do processo penal em duas fases.

(45) **Exposição de Motivos ao Código Penal brasileiro** de 1969.

(46) WILHELM SAUER, **Derecho Penal, parte general**, trad. de JUAN DEL ROSAL e JOSÉ CE-REZO, Barcelona, 1956, pág. 364.

Na primeira, promove-se o levantamento do fato típico através de todos os elementos necessários ao juízo de atribuíbilidade. A segunda etapa tem o objetivo único de estabelecer a pena ou a medida de segurança em qualidade e quantidade adequadas à personalidade do autor, aferida através de exame criminológico.

Em trabalho apresentado por intermédio do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal ao mencionado Congresso, EVERARDO LUNA assim discorre: "A pena, além de ser encarada, numa relação de causalidade jurídica, como efeito de uma causa que é o crime, também deve ser considerada, numa relação de finalidade, como meio para um fim, que é o criminoso. Dêste modo, ao lado do binômio crime-pena, que responde à pergunta de ordem causal — por que a pena? — coloca-se o binômio de ordem final — para que a pena?" (47)

A resposta a essa indagação de um realismo contundente não pode ser totalmente transferida para as ciências afins, porque apesar da evolução de seus métodos e objetivos, ainda não dispõem de resultados seguros que permitam obediência às suas normas pelos poderes incumbidos do processo de execução.

A contagiosa pusilanimidade do legislador em não cuidar expressamente dos fins elementares da pena, através de uma inequívoca declaração de princípios na parte geral dos Códigos, é sintomática de uma censurável indiferença para com o Homem que, no dizer de FERRI, é o protagonista da justiça penal.

Na medida em que a lei silencia sobre o destino da sanção, está contribuindo oficialmente para o aviltamento e a negação dos direitos da personalidade do condenado, os quais, por não terem sido alcançados pela sentença, devem compor reunião de atributos para o regresso prestável à sociedade livre.

O artigo 27 da Constituição italiana, exprimindo a exigência de que "as penas devem atender à reeducação do condenado", ensejou vivos debates na doutrina peninsular.

BETTIOL acentua que desde VASSALLI a NUVOLONE, de RANIERI a FROSALI, de DELITALA a GALLO, de GUARNIERI a ANTOLISEI, "todo um câro de vozes autorizadas nos diz que, atualmente, a escolha está feita, que uma orientação foi tomada e um caminho indicado. Positivistas por um lado e espiritualistas por outro, técnicos de uma banda e metafísicos da outra, todos parecem concordes em entender

(47) EVERARDO LUNA, *O processo penal em duas fases*, in *Escritos de Direito e Processo Penal*, Recife, 1968, pág. 98.

que não se pode voltar **atrás**, mas que é preciso seguir para diante, com o fim de realizar e atingir a meta apontada pela Constituição, após tantos esforços por parte dos políticos ou dos dogmáticos do direito penal". (48)

O festejado penalista, em artigo cujo título evidencia seu ceticismo ("O Mito da Reeducação"), entende que atribuir um fim à pena em função da reeducação do condenado, acabará por colocá-la em oposição às necessidades fundamentais do Estado de Direito, porque viria ofender e ignorar o princípio da certeza da pena quanto à sua duração. (49) Argumenta que o termo **reeducação** é demasiado elástico e, por ter um conceito de valor, deve ser preenchido com referência às normas dominantes da civilização. Tratando-se de conceito normativo, de conteúdo variável conforme os rumos da legislação, sofre modificação ao critério de uma maioria parlamentar. Sustenta, ainda, que a experiência histórica revela resultados escassos ou limitados quando se pretendeu dar à pena uma finalidade.

Distorcendo o princípio de justiça material, imanente ao fim da pena, BETTIOL adverte: "É preciso ter o sentido do limite; a pena escopo é uma daquelas idéias que se enlaçam com uma visão eufórica das coisas do mundo: a possibilidade ilimitada do homem se transformar a si mesmo e aos outros, pautada por um progresso sem fim, para uma sociedade sem chagas, dores ou lacunas, para um mundo substancialmente diferente do atual". (50)

Mas o fim da pena como probabilidade (e não certeza) de correção do homem jamais poderá conflitar com o aspecto ético da sanção ao se verificar que a defesa dos direitos da personalidade é missão também inerente ao Direito Penal, desde que a violação dos mesmos configure um ilícito típico. Por outro lado, é claro que o vocábulo **reeducação** deve merecer uma interpretação ampliada, compreensiva de uma variedade de motivos e fins que forneçam ao condenado durante a vida carcerária uma visão melhorada das normas de cultura a serem obedecidas, sob pena de sofrer nôvo juízo de censura punível.

Sem dúvida alguma, êsse propósito, (provisoriamente chamado de reeducação, correção ou emenda), confere à pena um caráter ético durante o período de execução, porque mostra pedagogicamente (e não sob a forma de ameaça) a existência de valores opostos à idéia da culpabilidade.

(48) GIUSEPPE BETTIOL, *O Problema penal*, trad. de FERNANDO DE MIRANDA, pág. 269.

(49) GIUSEPPE BETTIOL, *ob. cit.*, pág. 280.

(50) BETTIOL, *ob. cit.*, pág. 281.

A pena irá refundir a personalidade daqueles que dispõem de condições particulares para tanto e esperam contar com a atenção do Estado, no fornecimento de meios materiais e morais para realizar êsse objetivo. A finalidade da emenda não impedirá novos crimes, assim como a meta da prevenção geral não consegue trançar a marcha da delinqüência, mas nem por isso deixa de ser reconhecida como fator de intimidação face à ameaça do castigo, que ainda exerce poderosa influência de contenção.

EDUARDO CORREIA realça a necessidade do sistema retributivo sofrer correções e fazer concessões à prevenção especial, pois, ao acentuar na pena o mal que impõe ao infrator, não fornece princípios regulativos para a mais importante tarefa da execução e que consiste na readaptação social do autor, objetivo pôsto em relêvo pela Escola Correccionalista. Após afirmar a possibilidade de se construir um sistema penal retributivo que impeça as críticas da prevenção especial, justifica-o na inteligência de que "retribuição não é só retribuição do fato, mas retribuição de uma certa personalidade; desde que olhemos não apenas à culpa referida ao fato, mas à culpa do agente por possuir um determinado modo de ser perigoso, a chamada" culpa na formação da personalidade" (51). Também salienta que retribuir não significa, de forma necessária, aplicar uma pena privativa de liberdade tipo institucional. E sustenta a seguinte doutrina: "Por outro lado, a idéia de retribuição pode e deve conezionar-se sempre — e a teoria da culpa na formação da personalidade oferece uma sólida base dogmática a tal ligação — com o pensamento da recuperação social do delinqüente. De tal maneira que a retribuição não deve fechar os olhos a outros valores **éticos** que a possam compensar ou evitar que ela entre em funcionamento. Mesmo em casos extremos, do que então poderá falar-se, é de um **conflito** de deveres éticos: o dever de castigar o mal feito pelo criminoso; e o dever, ético também, de **solidariedade** para com êste, que vem a traduzir-se no dever de o recuperar socialmente. **E se êste último dever, em casos excepcionais, só pode cumprir-se sacrificando aquê-le, deve fazer-se tal sacrifício: ter-se-á diluído a idéia de retribuição, mas ter-se-á ganho um homem. E isto, note-se, sem ter esquecido ou minimizado o valor da justiça — que êsse só seria violado se se efetivasse uma sanção para além da culpa do agente — e sem ter abandonado uma fundamentação ética da sanção e de todo o direito criminal: e só isso é que importa". (52)**

* * *

(51) EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Coimbra, 1963, vol. I, pág. 62.

(52) EDUARDO CORREIA, ob. cit., pág. 66.

O artigo 37 do novo Código Penal brasileiro dispõe que as penas privativas de liberdade devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social.

A Exposição de Motivos pondera que essa orientação não tem "compromissos de natureza doutrinária" (?), como se a instituição legal da finalidade primária da sanção não estivesse suportada por uma fecunda elaboração da teoria da prevenção especial na luta frente à cruzada retribucionista. É óbvio que o **fim da pena**, instalado logo a seguir da enumeração das sanções principais, implica num **compromisso** que o Código Penal firmou com as doutrinas finalísticas como se verifica pela disciplina do criminoso habitual ou por tendência, impondo-se a pena indeterminada como exigências da culpa e da correção (art. 64).

Mas quem depõe a favor da existência do **compromisso** é NELSON HUNGRIA, autor do anteprojeto do Código Penal (1963) quando assim redigiu o artigo 35: "**Função finalística das penas privativas de liberdade**" (rubrica) "A pena de reclusão e a de detenção, aquela sob regime mais rigoroso que esta, são cumpridas em estabelecimentos separados ou em seções especiais do mesmo estabelecimento, e **devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educacional, no sentido de sua gradativa recuperação social**".

E a breve justificativa da parte final do artigo vem logo adiante: "Assim definida a **função finalística** da pena privativa de liberdade, identifica-se esta com a medida de segurança detentiva".

Durante os debates relativos ao tema "Orientações Contemporâneas sobre a Reforma dos Códigos Penais", constante da pauta das **Jornadas de Direito Penal** (Buenos Aires, 1960), NELSON HUNGRIA proclamou: "Também fui partidário convencido da pena-retribuição. Tenho sido, como tal, um dos autores de um Código eminentemente retribucionista, que é o Código Penal brasileiro. Mas a lição, a experiência dos acontecimentos do mundo atual, levaram-me a uma revisão de pensamento, a uma revisão de raciocínio, para renegar, para repudiar, uma vez para sempre, a pena-castigo, a pena-retribuição, que de nada vale, que é de resultado ineficaz, como acentuou o Professor Pisapia. Devemos marchar para essa unidade estreita entre pena e medidas de segurança".⁽⁵³⁾

Embora a fórmula **pena-segurança** tivesse notáveis defensores,

(53) NELSON HUNGRIA, in *Jornadas de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1962 (Actas), pág. 88.

(54) que denunciaram a crise do dualismo, os Códigos vigentes, salvo raras exceções, mantêm o sistema dualista para conferir tratamento que distingue os imputáveis dos inimputáveis, levando em consideração as condições individuais que reclamam a pena ou a medida de segurança.

Abstraindo-se, porém, a discussão sobre a unificação das medidas, vale o depoimento do **príncipe do Direito Penal brasileiro** como demonstração de elevada responsabilidade científica, corrigindo a direção de suas pesquisas e realçando a posição humanista frente à realidade dramática da pena.

6. A missão de garantia individual proposta pelo Direito Penal não se considera encerrada com a descrição precisa dos fatos puníveis.

A elaboração de um conceito dogmático do crime, com a inserção da tipicidade entre os seus elementos, representa a evolução técnica da ciência penal, que conjurou a grande variedade de critérios inseguros para a disciplina do comportamento humano rebelde às exigências sociais.

O século XX, marcado por notáveis conquistas da inteligência, assinala também o tempo de aprimoramento na direção das pesquisas indispensáveis para conferir dignidade ao Direito Penal, descondicionando-o das influências do naturalismo que penetrou nos métodos de estudo durante longo período.

As construções doutrinárias ganharam uniformidade entre diversos países na colocação de muitos problemas e na procura de soluções, de maneira a justificar a tendência para a instituição de normas penais de caráter universal. O projeto de um Código Penal tipo para a América Latina corresponde à visão cosmopolita de importantes questões, merecedoras de tratamento harmônico.

Os princípios da reserva legal quanto ao crime e à pena foram aperfeiçoados com os meticolosos exames de todos os pressupostos subjetivos que constituem aquêle e justificam esta, operando-se o entendimento incontestável de que a culpa é o caminho necessário entre o ilícito e a sanção.

Mas o valor da culpabilidade não se esgota com a revelação da face encoberta do crime e nem com a permissão para ser aplicada a resposta. Conduzindo a ação tipicamente antijurídica ao encontro da pena, não abandona a figura do autor como sujeito singular.

A individualização da medida penal é regra de observação obri-

(54) LISZT-SCHMIDT — apud ANIBAL BRUNO, ob. cit., pág. 268.

gatória no momento em que o Estado, através da sentença, reprova o imputável.

Ao lado dessa exigência assegurada expressamente pelas Constituições e Códigos de muitos países, também os motivos da condenação devem ser consignados, a fim de que o imputado tome conhecimento das razões determinantes da reação social contra a sua pessoa.

Em algumas leis foi consagrado o princípio da identidade física do juiz para melhor realizar a tarefa de medição da culpa, regulada pelo exame de personalidade e de outros índices vinculados ao agente, como os antecedentes, os motivos, a intensidade do dolo, o grau da culpa, os meios empregados, o modo de execução, as circunstâncias de tempo e lugar e a atitude espiritual do agente após a prática do delito.

Essa adequação da pena ao culpado em consideração às suas próprias características é uma demonstração da necessidade e da obrigação, por parte do Estado, em conhecer o homem não como um réu abstrato, mas como um ser real e dotado de complexo de valores positivos e negativos que a sanção não pode ignorar.

O instituto jurídico da pena compreende três momentos: a cominação através da lei, a imposição pelo juiz e a execução promovida pelos funcionários da administração penitenciária. Acentua MEZGER⁽⁵⁵⁾ que nesses três estádios aparecem o **dogma do ato** e o **dogma do autor** como fundamentos determinantes, de modo a possibilitar a colocação dos dogmas em cada caso. Assim, na sanção da lei predomina o dogma do ato; na execução, o dogma do autor, e na medida judicial da pena, uma combinação entre ambos.

É evidente, portanto, que a execução da pena não poderá frustrar os objetivos pretendidos no estágio da fixação, de modo a esvaziá-la quanto aos fins perseguidos.

A obra reservada ao Direito Executivo Penal, como um complemento indispensável ao direito de punir, guarda extraordinária importância, razão por que alguns escritores sustentam ser preferível um Código Penal deficiente, mas com um regime idôneo para a execução das sanções, a um Código Penal perfeito, falho, porém, na execução.

A disciplina da execução vem sendo relegada a um plano inferior pois o Estado, sistematicamente, não cuida de uma legislação compatível com a magnitude do problema.

(55) EDMUNDO MEZGER, *Tratado de Derecho Penal* trad. de JOSÉ ARTURO RODRIGUES MUÑOZ, Madrid, 1949, vol. 1.º, pág. 384.

Salienta ITALO LUDER ⁽⁵⁶⁾ que durante muito tempo êsse aspecto foi indiferente à doutrina e só recentemente tornou-se objeto de estudos pelas disciplinas que integram a enciclopédia criminológica, noticiando que o livro do professor alemão JULIUS (**Lições prévias sôbre a ciência penitenciária**), publicado em Heidelberg no ano de 1928, pode ser mencionado como a primeira tentativa de sistematização, aludindo também ao trabalho de CHARLES LUCAS sôbre os sistemas penitenciários. Antes dêsses movimentos, esboçaram-se alguns ensaios que não mereceram atenções gerais.

Coube à Inglaterra e aos Estados Unidos a difusão da necessidade de se aparelhar melhor os órgãos executivos, mediante estudos dos princípios e das doutrinas relativas a tôdas as classes de penas, das instituições e estabelecimentos que reunissem as finalidade da prevenção, sem perder de vista o fenômeno da retribuição. ⁽⁵⁷⁾

O título **Penalogia** para chamar essa disciplina é atribuído ao publicista FRANCIS LIEBER.

A Escola Positiva não se omitiu na visão da problemática da execução, face aos estudos sôbre a personalidade e a classificação dos delinqüentes. É certo que essa segunda época também foi informada por sentimentos humanitários que sempre estão reprovando o regime de crueldade historicamente reservado às prisões.

Na atualidade, a questão vem merecendo as atenções de Congressos Internacionais pelo reconhecimento da inocuidade das penas privativas de liberdade como forma de realizar a prevenção especial.

Também a literatura científica tem procurado despertar a compreensão para com a disciplina, embora sem contar com resultados mais positivos porque não conseguiu instituir um ordenamento legislativo que contenha os princípios universalmente reconhecidos como um mínimo necessário para emprestar dignidade ao processo executivo que deve ter **caráter instrumental**.

"Para destacar êsse caráter instrumental da execução e essa necessária conexão que deve ter com o fim da pena, convém recordar que a execução da pena significa concreta atividade, isto é, realização do preceito secundário da norma penal, atuação da pretensão punitiva reconhecida no processo. Portanto, não pode separar-se do fim atribuído à pena pelo direito penal". ⁽⁵⁸⁾

* * *

(56) ITALO LUDER, *El Principio de Legalidad en la Ejecucion de la Pena*, in *Revista del Centro de Estudios Criminológicos*, Mendoza, 1968, pág. 27.

(57) LUDER, ob. e loc. cit.

(58) LUDER, ob. cit., pág. 28.

No Brasil, várias foram as tentativas para elaborar um estatuto de execução que refletisse a mesma técnica marcada pelos Códigos Penal e de Processo Penal, porém se frustravam diante de inúmeras dificuldades, inclusive de ordem constitucional com a limitação para a legislação que somente poderia tratar das **normas gerais** do regime penitenciário.

Merece louvores o trabalho de ROBERTO LYRA, ⁽⁵⁹⁾ elaborando recentemente um anteprojeto de Código das Execuções Penais, no qual o provento jurista demonstra notável integração no problema, ao lado de cuidadosas especificações sobre o complexo de deveres e direitos do condenado.

A justificação de seu anteprojeto é um depoimento de grande oportunidade e profunda meditação.

No momento em que nosso país está vivendo o tempo das reformas, notadamente no sistema jurídico, é dever imperioso a aglutinação de forças no sentido de se requerer a edição de uma lei identificada com o desenvolvimento das doutrinas que se dedicam ao Direito Executivo Penal.

Com efeito, desde que a legalidade da execução é uma seqüência básica do princípio de legalidade da pena, não é possível cindir o estágio mais importante da sanção, com o argumento envelhecido de que a autonomia dos Estados deve ser resguardada, principalmente quando os problemas econômicos regionais, constituem sério obstáculo para a feitura de um Código de alcance nacional.

E isso porque a autoridade incumbida do processo de execução não poderá deformar a declaração de culpabilidade contida na sentença, de maneira a castigar mais ou menos, segundo as condições materiais dos estabelecimentos prisionais e a qualidade do pessoal encarregado do seu funcionamento.

Depois, é preciso reconhecer que entre os muros das penitenciárias existe uma sociedade, cujos membros, embora privados do direito à liberdade, não podem ser vitimados pela incapacidade ou tirania da administração. Essa sociedade menor deve também ser regida por lei que contenha disposições fundamentais referentes aos direitos humanos e submetida ao controle jurisdicional.

O juízo das execuções penais não poderá sofrer as limitações que se antagonizam com a instituição, permitindo que a natureza

(59) ROBERTO LYRA, *As Execuções Penais no Brasil, (legislação, problemas e soluções)*, Rio de Janeiro, 1963.

e a qualidade da pena reguladas uniformemente em todo o território da União, sofram deformações de execução conforme a capacidade material dos Estados-membros e a orientação política de seus governos.

* * *

A elaboração do Código das Execuções Penais é tarefa que o legislador brasileiro deve realizar com urgência, assimilando a melhor doutrina a respeito da temática da execução da pena privativa de liberdade e que deflui das observações, regras e recomendações constantes dos Congressos penitenciários.

A propósito, ARMIDA BERGAMINI MIOTTO⁽⁶⁰⁾ em relatório para o Colóquio promovido pelo Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes, como preparação ao 4.º Congresso da ONU, sobre **Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinqüentes**, acentua que no Congresso realizado pela Comissão Internacional Penal e Penitenciária em Praga (1930), foi proclamada a autonomia do Direito Penitenciário e que o Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, em Palermo (1933), reconheceu a existência de um Direito Penitenciário, constituído "pelo conjunto de normas legislativas que regulam as relações entre o Estado e o condenado, desde o momento em que a sentença condenatória legitima a execução, até ao cumprimento de dita execução no mais amplo sentido da palavra".

Vários Congressos Internacionais (Londres, 1872; Estocolmo, 1878; Roma, 1885 e outros até o ano de 1950) emprestaram relêvo às **regras mínimas para o tratamento dos presos** sendo que a resolução de 30 de agosto de 1955 da ONU, no **Primeiro Congresso Sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinqüentes**, acolheu o **conjunto de regras mínimas** elaborado pela Comissão Internacional Penal Penitenciária (organismo substituído a partir de 1951 pela ONU). Eis a matéria contida nas **regras mínimas: Observações preliminares — Regras de aplicação geral**: Princípio fundamental, registro (dos presos), separação por categorias, locais de prisão, higiene pessoal, roupa de cama, alimentação, exercícios físicos, serviços médicos, disciplina e punições, meios de contenção (física), direito (dos presos) de requerer e serem informados, contato com o mundo exterior, biblioteca, religião, depósito das coisas pertencentes aos presos, comunicação (à família dos presos e vice-versa) quanto a falecimento,

(60) ARMIDA BERGAMINI MIOTTO, As "regras mínimas para o tratamento dos presos", à luz dos últimos acontecimentos no âmbito penitenciário", in *Tribuna da Justiça*, São Paulo, 15 de julho de 1970, págs. 6.

doença, transferência dos presos, pessoal penitenciário, inspeção (dos estabelecimentos e serviços penitenciários). Além disso, as **regras aplicáveis a categorias especiais** enfatizam a necessidade de os Estados orientarem a legislação sobre o Direito Executivo Penal em consonância com esse catálogo de princípios.

* * *

Cumpra, portanto, ao legislador federal a obrigação de instituir um Código de Execuções Penais que reúna os princípios elementares para orientação da sociedade penitenciária, facultando aos Estados a elaboração de normas supletivas para melhor funcionamento do sistema.

7. Em razão dos temas colocados neste trabalho, podem ser extraídas as seguintes **conclusões**:

I

A pena de privação da liberdade é uma resposta ao sujeito culpável do crime. Sua evolução em relação às sanções corporais não impediu, porém, a instauração e o desenvolvimento de profundas crises no processo de execução, com ofensa aos direitos não atingidos pela sentença.

II

A unificação das penas privativas de liberdade corresponde a uma das exigências modernas do Direito Penal. A distinção entre reclusão e detenção não oferece critério seguro para revelar maior ou menor grau de culpabilidade, pois algumas condutas culposas merecem maior censura que certas ações dolosas. Em tais casos, o tratamento processual de incidentes, como a suspensão condicional da pena e a fiança, não atendem, salvo raras exceções, à personalidade da culpa, com resultados materialmente injustos. Além disso, a prática penitenciária demonstra que reclusos e detentos compõem a mesma sociedade carcerária sem que o título da sanção promova variantes no processo da execução.

III

O isolamento celular contínuo representa uma adição aos efeitos da pena retributiva ao afligir o sentenciado, impondo-lhe a solidão que não expia a culpa e nem oferece meios para um exame

de personalidade. A clausura diuturna, como etapa de cumprimento da pena, deve ser considerada proscria pelo legislador do Direito das Execuções Penais, porque atenta contra as regras elementares da psicoterapia de grupo como método de tratamento indispensável nos vários tipos de prisões.

IV

A providência de isolamento durante o período de repouso noturno deve ser adotada como regra mínima para minorar as vicissitudes da existência carcerária, evitando a promiscuidade em suas várias formas de agressão à dignidade humana com reflexos socialmente perniciosos.

V

O trabalho deve ser considerado como obrigação do prêso por sua condição humana e também um dos fatores para desartificializar a vida penitenciária. O internado provisório e o condenado, submetidos previamente a pesquisas técnicas para aferir a capacidade física e o ajustamento às diversas formas de atividade laborativa, têm direito a perceber remuneração baseada na média dos salários regionais. A aplicação dos frutos do trabalho deve merecer cuidadosa disciplina legal para atender, principalmente: à reparação do dano resultante do crime e ainda não-satisfeita; à prestação de alimentos na forma da lei civil; a custear despesas pessoais no estabelecimento e a formar um pecúlio. A lei deverá dispor sobre a proteção especial das importâncias destinadas aos alimentos e ao pecúlio.

VI

A prevenção especial, como um dos fins da pena, implica na tarefa pedagógica de converter a personalidade do sentenciado às exigências das normas de cultura, como o propósito de inocuizar o perigo da reincidência e possibilitar um reingresso viável à sociedade livre. A força da retribuição não é incompatível com a idéia da prevenção especial e a tendência moderna no exame da pena, a considera não somente como efeito de uma causa que é o crime, mas também como relação de finalidade em referência aos criminoso.

VII

A meta da recuperação do delinqüente e o equacionamento preciso de diversos aspectos vinculados à problemática da pena priva-

tiva de liberdade, reclamam a elaboração urgente de um Código das Execuções Penais como instrumento capaz de aplicar o princípio de legalidade na execução da pena e completar a missão de garantia individual proposta pelo Direito Penal, com a inserção da tipicidade entre os elementos do crime. Considerando-se que a pena após cominada pela sociedade e fixada pelo juiz adere ao homem, o processo de execução não poderá desconhecer o seu objeto, nem retribuir em demasia a culpa, mas deverá observar as regras mínimas de tratamento conforme recomendações de Congressos que afirmaram a importância de um Direito Executivo Penal, submetido ao indispensável e contínuo controle jurisdicional.